الحماية الجنائية للحق في أصل البراءة

" دراســة مقارنــة "

الدكتـور

عبد المنعم سالم شرف الشيباني

الناشر

دار النهضة العربية

٣٢ ش عبد الخالق ثروت – القاهرة

الطبعة الأولى

١٤٢٧ هـ / ٢٠٠٦م




GIFTS 2008

الحماية الجنائية للحق في أصل البراءة

" دراســة مقارنــة "

الدكتور

عبد المنعم سالم شرف الشيباني

الناشر

دار النهضة العربية

٣٢ ش عبد الخالق ثروت — القاهرة

الطبعة الأولى

١٤٢٧ هـ / ٢٠٠٦م

هذا الكتاب

هو موضوع رسالة الدكتوراه التي تقدم بها المؤلف إلى قسم القانون الجنائي بكلية الحقوق جامعة عين شمس، ومنحتها لجنة الحكم عند مناقشتها أعلى تقدير، حيث قررت اللجنة بإجماع الآراء منح المؤلف درجة الدكتوراه في الحقوق بتقدير، " ممتاز " وذلك بتاريخ ٢٠٠٦/٧/٢٦ م

وقد تشكلت لجنة الحكم على الرسالة من السادة:

١- الأستاذ الدكتور / أحمد فتحي سرور — رئيساً

أستاذ القانون الجنائي بكلية الحقوق- جامعة القاهرة

رئيس مجلس الشعب

٢- الأستاذ الدكتور / محمد ابو الغلا عقيدة — مشرفاً وعضواً

أستاذ القانون الجنائي بكلية الحقوق- جامعة عين شمس

العميد السابق لكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات

٣- الأستاذ الدكتور/ أحمد صبحي العطار — عضواً

أستاذ القانون الجنائي بكلية الحقوق- جامعة عين شمس

وكيل الكلية للدراسات العليا والبحوث سابقاً

رقم الإيداع بدار الكتب المصرية

٢٠٠٦/١٥٧٦٠

الترقيم الدولي I.S.B.N.

977-04-4965-2

شركة ناس للطباعة

٢٣ش رشدي - عابدين - القاهرة

هاتف: ٠٠٢٠٢٣٩٢٥٣٧٦

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وَمَن يَكْسِبْ خَطِيئَةً أَوْ إِثْمًا ثُمَّ يَرْمِ بِهِ بَرِيئًا فَقَدِ احْتَمَلَ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴾

صدق الله العظيم

سورة النساء الآية: ١١٢

****

« ادْرَءُوا الْحُدُودَ عن المسلمين ما اسْتَطَعْتُمْ، فإن كَانَ لَهُ مَخْرَجٌ فَخَلُّوا سَبِيلَهُ، فإن الإمامَ إنْ يُخْطِئَ فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعُقُوبَةِ».

من أقوال - الرحمة المهداة - محمد "صلى الله عليه وسلم "(١)

(١) رواه الترمذي مرفوعا وأخرجه البيهقي عن عمر وعقبة بن عامر ومعاذ بن جبل موقوفاً ؛ والصواب الموقوف" . سنن الترمذي، للإمام محمد بن عيسى الترمذي، المتوفى سنة ٢٩٧ هـ، دار إحياء التراث العربي، باب درء الحدود ، جـ ٤ ص٣٣.



إهـــداء

إلى روح والدتي الطاهرة التي توفاها الله في أرض الكنانة...رحمها الله وطيب الله ثراها.

إلى والدي... حفظه الله ورعاه

إلى خالي محمد... منبع الحب والعطاء

إلى زوجتي وأبنائي وأفراد أسرتي

إلى كل من غمرني بمحبته وأرشدني بنصحه

إليهم جميعا أهدي ثمرة هذا العمل



شكر وتقدير

الحمد لله والشكر له على نعمه التي لا تعد ولا تحصى. ومن مقترنات شكره ان يشكر الطالب معلمه على ان مد له يد العون واعطاه من علمه ووقته ما يذلل به الصعاب ويتجاوز -بفضل الله- به المشاق.

ومن هذا المنطلق اتقدم بخالص الشكر والتقدير والعرفان للعالم الجليل عميد الفقه الجنائي أستاذ الأجيال في مصر والوطن العربي الدكتور أحمد فتحي سرور أستاذ القانون الجنائي بكلية الحقوق جامعة القاهرة ورئيس مجلس الشعب.

فأما شكره فواجب عليّ لتفضله قبول مناقشة هذه الرسالة ورئاسته لجنة الحكم عليها رغم وقته الثمين ومشاغله الجمة.

وأما التقدير والعرفان فلأستاذيته وما قدمه للأجيال من علوم قانونية ضخمة واعترف له بأن هذه الرسالة ما كان لها أن ترى النور لو لم تخرج من ثنايا مؤلفاته وكتبه القيمة التي تزخر بها المكتبات المصرية والعربية والعالمية وفي مقدمتها: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان، والحماية الدستورية للحقوق والحريات، والقانون الجنائي الدستوري -في طبعاته المتجددة والزاخرة بكل جديد- والنقض الجنائي، والسياسة الجنائية، وغيرها من المؤلفات التي لا غنى عنها لكل باحث وطالب علم. فجزاه الله عني وعن طلاب العلم خير الجزاء ومتعه الله بدوام الصحة والعافية.

وبأحرف من نور أسجل شكري وعرفاني للعالم الجليل أستاذي الدكتور محمد ابو العلا عقيدة أستاذ القانون الجنائي بكلية الحقوق جامعة عين شمس والعميد السابق لكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات.ويستوجب مني المقام ان اشكره مرتين: الأولى عندما تتلمذت على يديه في مرحلة الدبلوم فكان - سيادته- مثلاً للعالم المخلص.وثانياً لتفضله بقبول الإشراف علي هذه الرسالة رغم كثرة مشاغله والتزاماته المتعددة. وقد منحني من علمه واستاذيته الكثير، وكان عظيم الأخلاق واسع الصدر.وقد اخذ بيدي وحثني كثيراً على تعلم اللغة الفرنسية خدمة للبحث، وعملت بنصحه فلم

الـو جهـدا في تعلمهـا والتحقـت بـدورات في المعهـد الفرنـسي واسـتخدمت الكمبيـوتر في تعلـم اللغـة واسـتطعت بـشكل متواضـع ان الم بمفرداتهـا. ثـم مـا لبـث أن حـثني علـى الـسفر إلى فرنـسا لجمـع المـادة العلميـة.ولكـن لأسـباب خارجـة عـن إرادتـي لم يحـالفني التوفيـق في الـسفر .وقـد اسـتطعت- بفـضل الله تعـالى- أن أجمـع المـادة العلميـة مـن خـلال شـبكة الانترنـت والـدخول إلى المكتبـات الفرنـسية، والحـصول علـى أحـدث المراجـع ، والأحكـام القـضائية والنـصوص القانونيـة.والتقـارير والنـدوات.وكافـة المواثيـق الدوليـة. وأقـر انـني مـا كنـت لأصـل إليهـا لـولا توجيهـات سـيادته الـسديدة والعظيمـة لـي. فلـه مـني الـشكر والتقـدير والعرفـان. ومن الله الأجر والثواب والإحسان.

كما اشكر أستاذي الجليل الأستاذ الدكتور أحمد صبحي العطار الذي كان لي الشرف ان تتلمذت على يديه في دبلوم القانون الجنائي فكان غاية في إخلاصه وتفانيه في العلم، وها هو يشرفني ثانية بتفضله قبول مناقشة هذه الرسالة رغم مشاغله المتعددة والتزاماته الكثيرة، فجزاه الله عني وعن طلاب العلم خير الجزاء.

مُقَدِّمَة

۞ موضوع البحث وأهميته :

الحمد لله رب العالمين الذي شرع الأحكام، وأمر بالعدل والإحسان، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه أجمعين.. وبعد :

موضوع هذا البحث هو " الحماية الجنائية للحق في أصل البراءة ". ولا شك أنه من الموضوعات التي تكتسب أهمية في التشريعات الجنائية المعاصرة؛ إذ يعد أصل البراءة إحدى ركائز القانون الجنائي أهمية للأشخاص الملاحقين في دعوى جنائية، بل هو بمثابة حجر الزاوية في كل نظم العدالة الجنائية المتحضرة.

وتبرز أهمية أصل البراءة بشكل خاص عند اتخاذ الإجراءات الجنائية الماسة بالحرية الشخصية، وعند إدارة الدليل الجنائي. فهو من ناحية صمام الأمن القانوني الذي يجب على المشرع الإجرائي مراعاته عند تحديد الإجراءات الجنائية، حتى لا تكون أداة بطش بالحقوق والحريات، إذا ما أريد المساس بها تحقيقاً للمصلحة العامة. وهو من ناحية ثانية حامي حمى الحرية الشخصية من أن تتعرض للتعسف الإجرائي من قبل القائمين بإدارة العدالة الجنائية[1].

فأصل البراءة بهذا المعنى يكون مرادفاً للحرية، وبالتالي يترتب عليه آثار بعيدة المدى عند اتخاذ أي إجراء يمس بهذه الحرية؛ فالتحفظ على المتهم، أو القبض عليه أو حبسه احتياطاً، كلها إجراءات قد تقتضيها ضرورة التحقيق للكشف عن الحقيقة بشأن الجريمة المرتكبة، إلا أن هذه الإجراءات التي تهدف إلى الكشف عن الحقيقة، يجب ألا تتخذ إلا بالقيود والضمانات التي تكفل معاملة المتهم على أساس أنه بريء إلى أن

---

(1) أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور، " الحماية الدستورية للحقوق والحريات "، دار الشروق، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م، ص ٨٨.

تثبت إدانته بحكم بات[1].

كما أن إدارة العدالة الجنائية، وهي تهدف إلى الوصول إلى الحقيقة، لضمان تطبيق قانون العقوبات وتعويض المضرور من الجريمة ، فإنه لا يجوز لها أن تصل إلى مبتغاها، إلا من خلال إجراءات قانونية منصفة، تحترم كافة الضمانات المكفولة للمتهم[2] ، وبما يحقق التوازن المنشود بين حماية المصلحة العامة، وضمان حقوق وحريات المتهم.

ولا أدل على أهمية هذه الرسالة من أن التشريعات المعاصرة، وبخاصة التشريع الفرنسي، قد عدل من نصوصه، بما يكفل تدعيم حماية أصل البراءة، خصوصاً بعد إدانة فرنسا من قبل المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، واتهامها لها بانتهاك أصل البراءة الذي نصت عليه الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان[3] . وكان من ضمن ما أدخله المشرع الفرنسي من تعديلات على القانون المدني الفرنسي، إضافة المادة ٩-١ على التقنين المدني، أكدت فيه على ضرورة احترام أصل البراءة، ومعاقبة كل اعتداء يقع عليه، وبالأخص في حال انتهاك هذا المبدأ من قبل وسائل الإعلام[4] . ومن أهم التعديلات التي طالت العديد من نصوص القانون الجنائي في فرنسا، ذلك التعديل الصادر بموجب القانون رقم ٥١٦ لسنة ٢٠٠٠، في ١٥ يونيو ٢٠٠٠، والذي أطلق عليه "

---

(1) الدكتور أحمد إدريس أحمد: " افتراض براءة المتهم "، رسالة دكتوراه- جامعة القاهرة- ١٩٨٤، ص١٠.

(2) أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري"، ط ٢٠٠٤، مرجع سابق، ص ٤٢٤.

(3) انظر قضية توماسي على سبيل المثال في الباب الأول، ص ١٣١.

(4) Article 9-1: du code civil (Loi nº 93-2 du 5 janvier 1993 art. 47 Journal Officiel du 5 janvier 1993) (Loi nº 93-1013 du 24 août 1993 art. 44 Journal Officiel du 25 août 1993 en vigueur le 2 septembre 1993) (Loi nº 94-653 du 29 juillet 1994 art. 1 I Journal Officiel du 30 juillet 1994) (Loi nº 2000-516 du 15 juin 2000 art. 91 Journal Officiel du 16 juin 2000)

Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence.

Lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction *judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du* dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que l'insertion d'une rectification ou la *diffusion* d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte.

قانون تدعيم حماية قرينة البراءة وحقوق المجني عليه[1]. والذي بموجبه تم إضافة مادة تمهيدية إلى قانون الإجراءات الجنائية تؤكد على وجوب احترام أصل البراءة وما يرتبه من نتائج ، ووضع جزاءات عقابية في حال الاعتداء على هذا المبدأ.

ومما يزيد من أهمية هذه الرسالة، ان محكمة النقض الفرنسية وسعت من دور أصل البراءة، ليتجاوز المجال الجنائي التقليدي القائم على أساس أن كل شخص تقام ضده الدعوى الجنائية، يعد بريئا، حتى تثبت إدانته بحكم بات، ليشمل أولئك الأشخاص الذين يواجهون اتهامات من شأنها أن تؤدي إلى توقيع جزاءات عليهم لارتكابهم بعض الوقائع التي تتخذ بشأنها جزاءات إدارية، أو تأديبية[2].

و ليس هذا فحسب ما يبرز أهمية هذه الرسالة، بل هناك أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر التي أصدرت العديد من الأحكام التي تحمي أصل البراءة وتقضي بعدم دستورية بعض النصوص لتعارضها مع أصل البراءة[3].

ولا ابالغ إن قلت: إن هذا الموضوع يكتسب أهمية في عصرنا الراهن أكثر من ذي قبل؛ حيث يشهد العالم انتهاك العديد من المبادئ والقيم التي تحكم العدالة الجنائية، وفي مقدمتها الحق في أصل البراءة،حيث أهدر هذا المبدأ، وما يرتبه من نتائج من قبل دول تدعي الديمقراطية، واحترام حقوق الإنسان، باسم مكافحة الإرهاب، والحفاظ على الأمن القومي. ناهيك عن الدول التسلطية التي لا تحترم- بالأساس- سيادة القانون، وليس أصل البراءة فحسب، فأصبح الخطر يهدد كل إنسان وأصبح الشخص مداناً حتى تثبت براءته، مما ينذر كل بريء بسوء المآل.

ولذا يكون البحث في الحماية الجنائية لحق المتهم في أصل البراءة، ليس ترفاً

---

(1)Article préliminaire du Code de procédure pénale :(inséré par Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 1 Journal Officiel du 16 juin 2000)………. III. - Toute *personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité* n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, *réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi.*

(2)اثير هذا الدور في إحدى القضايا الهامة التي طرحت للمناقشة في فرنسا في ٥ فبراير ١٩٩٩ في قضية السيد Jean Marc Oury، انظر لاحقاً في الفصل الثالث من الباب الأول، ص ١٦٣.

(3) انظر النصوص التي قضت بعدم دستوريتها، في الباب الرابع من هذه الرسالة، ص ٥٥٥.

فكرياً، ولكنه بحث يتعلق بأدق وأعقد القضايا التي تواجهها الحياة القانونية، حيث يقع في اكثر مناطق القانون دقة وتعقيداً. **وقد قيل في وصف هذا المبدأ: إنه الخيط الذهبي في نسيج القانون الجنائي، أو "إنه الخيطُ الذهبيُ الذي يَمرُ عبره القانون الجنائي" "Golden Thread that runs through Criminal Law"**[1].

ومن ثم كان اختيارنا لهذا البحث، محاولة للإمساك بتلابيب هذا المبدأ، وسبر أغواره وإرساء نظرية متكاملة للحماية الجنائية له، من كل خطر يتهدده.

۞ الهدف من البحث :

يهدف هذا البحث إلى الوقوف على السياسة الجنائية المعاصرة التي ينبغي أن تتبع لتحقيق حماية جنائية فعالة لأصل البراءة. وبما يؤدي إلى تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة.

ومن أهم ما تهدف إليه هذه الرسالة، الوقوف على ما ينبغي أن تعالجه التشريعات محل المقارنة من قصور، أو تعارض مع حماية أصل البراءة، حتى لا يكون هناك بغي عليها من قبل المشرع. إذا خرج في تشريعه عن حدود الحماية الدستورية المقررة لهذا المبدأ ، وأقام قرائن، أو حيل، أو افتراضات للتجريم والعقاب تتناقض مع اصل البراءة، أو من خلال توسيعه لدائرة المساس بالحقوق والحريات دونما ضرورة ملجئة، وهو ما يستوجب رقابة دستورية تتولى إزاحة النصوص التي تتعارض مع أصل البراءة.

كما تهدف إلى الوقوف على ما قد يقع من اعتداء على أصل البراءة من قبل رجال السلطة والقائمين على إدارة العدالة الجنائية أثناء ممارستهم لعملهم، وذلك عندما يكون الإجراء الذي تم اتخاذه في مواجهة المتهم تعسفياً ، او غير مبرراً، ويكون كذلك عندما تكون الإجراءات التي تم اتخاذها بعيدة عن الضمانات التي رسمتها المواثيق الدولية والداخلية، كالدستور والقانون للأشخاص المشتبه فيهم، أو اللاحقين

---

[1] voir:Pierre BALLANDIER :" Pour une défense de la présomption d'innocence", Thèse de doctorat, Aix-Marseille, 1996. p3.

وانظر: استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري "، دار الشروق، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٤، ص٢٧٩. والمرجع المشار إليه في الهامش رقم ١.

في دعوى جنائية. الأمر الذي يتطلب وضع آليات تكفل معاقبة كل إجراء يمس بأصل البراءة.

وليس هذا فحسب، ما ستسعى إليه الرسالة، وإنما أيضاً الوقوف على مدى ما يوفره القانون الجنائي من عقوبات عندما يقع اعتداء على أصل البراءة من قبل أجهزة الإعلام المقروءة والمرئية والمسموعة، في حال الخروج على مقتضيات التوازن بين حماية أصل البراءة، وحرية التعبير.

۞ القضايا والصعوبات التي يواجهها البحث:

إن الناظر لهذا الموضوع للوهلة الأولى يظنه سهلاً ميسوراً، فالمتهم بريء حتى تثبت إدانته قول يتصدر كل المواثيق الدولية، والدساتير الداخلية، ولا تكاد تخلو دولة من الدول من تدوينه في صلب دساتيرها وقوانينها. ثم إنها عبارة تجري على كل لسان. ولكن حينما تشرع في دراسته،وتقليب وجوه الرأي فيه، تكتشف عمق وحساسية الموضوع، فيما يثيره من موضوعات، وما يكتنفه من صعوبات، وحينها تدرك أنك قد وقعت في طريق مليء بالمشاق والصعوبات، و كثرة التشعيبات، مما يجعل الحليم حيراناً، فالعبارة خفيفة على اللسان، ولكنها شديدة المعاني جزيلة التعبير، ثقيلة في ميزان الحق والعدل، والبحث فيها وفي إنفاذها عزيز المنال.

- وأول ما تثيره هذه الرسالة هو مناط الحماية الجنائية للحق في أصل البراءة. ولا شك في أن تحقيق ذلك يكون في غاية الدقة والتعقيد.فالمفهوم العام والتقليدي للحماية الجنائية لا يخرج عن كونه أن يدفع قانون العقوبات عن الحقوق، أو المصالح المحمية كل الأفعال غير المشروعة التي تؤدي إلى النيل منها، عن طريق ما يقرره لها من عقوبات[1] . أما الحماية الجنائية لأصل البراءة فتختلف-من حيث طبيعتها-عن الحماية الجنائية للأموال والأشياء، ويزداد الأمر دقة وتعقيداً عند البحث عن حماية جنائية لأصل البراءة في ظل قانون جنائي هو في ذاته يعرض بطبيعته أصل البراءة للمساس، وهو ما يتطلب دراسة جوهر وذاتية الحماية الجنائية مناط الرسالة، لمعرفة متى تحقق قواعد القانون الجنائي هذه الحماية، ومتى تكون هي ذاتها سبباً في انتهاك

(1) الدكتور هلالي عبد اللاه احمد، " الحماية الجنائية لحق الطفل في الحياة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية "، دار النهضة العربية، ١٩٨٩، ص١٩.

الحق في أصل البراءة.

- وثاني ما تثيره هذه الرسالة، هي طبيعة المبدأ ذاته، حيث برز في الواجهة جدل فقهي وقضائي، حول هذا المبدأ، وما إذا كان عبارة عن قرينة قانونية بسيطة، أم هو أصل في الإنسان، أو هو مثال للحيلة القانونية كما عبر البعض.

ولا ريب أن الوصول إلى نتيجة في تقرير ذلك، ليس بالأمر الهين، حيث يتعين أن نسبر أغوار القرائن، وأقسامها، للخروج بموقف محدد وواضح، غير أن ولوج هذا الباب أمر شاق، فما أكثر القرائن وأقسامها وتفريعاتها، وما أكثر ما أثارته من جدل بين الفقهاء ورجال الأصول. ولكن أسجل ابتداء أن ما سيبدد الحيرة وسيغني عن تلمس وجه الصواب في تحديد كنه هذا المبدأ، هو التشريع الإسلامي الذي شيد صرحه، وجعله أصلاً من الأصول.

وأما من حيث ما يكرسه هذا المبدأ في القانون، فهو يثير تساؤلات عما إذا كان هذا المبدأ يعد حقاً من الحقوق، أم أنه مجرد ميزة إجرائية، أم أنه قرينة مكانها الطبيعي الإثبات في المجال الجنائي فحسب. وإذا أُقِرَّ لهذا المبدأ على أنه من الحقوق، فهل هو من حقوق الإنسان؟ أم أنه من حقوق الشخصية؟ أم أنه من حقوق الإنسان وحقوق الشخصية في ذات الوقت؟ وإذا كان من الحقوق فما هو نطاقه، والدور الذي يقوم به؟

وما من شك في أن الوقوف على حقيقة ذلك يتطلب استظهار موقف التشريعات الدولية والمحلية، وموقف القضاء المقارن، وتبيان موقف الفقه من ذلك، والوصول إلى نتيجة حول ذلك من شأنه أن يرتب نتائج هامة، تفيد في توسيع نطاق الحماية المفروضة لهذا المبدأ.

- وثالث ما تثيره هذه الرسالة من صعوبات، قضية التوفيق بين اعتبارين جديرين بالحماية، هما مصلحة الفرد في حماية حقوقه وحرياته التي كفلتها له الدساتير والمواثيق الدولية المعترف بها. وحماية المجتمع من خلال التجريم والعقاب، واتخاذ الإجراءات الجنائية الكفيلة بكشف الحقيقة، ومعرفة مرتكب الجريمة، وإقامة الأدلة ضده تمهيداً لمعاقبته. وهي إجراءات كفلتها أيضاً ذات المواثيق السابقة. ومن هنا ينشأ صراع بين المصلحتين، وتحقيق التوافق بينهما ليس امراً ميسورا، إذ يتوقف ذلك

على السياسة الجنائية المتبعة في كل دولة ومدى احترامها لسيادة القانون وحقوق الإنسان، ففي الدول التي تحترم سيادة القانون واحترام الحقوق والحريات يتجه تشريعها الجنائي إلى إحداث قدر معقول من التوافق بين المصالح المتعارضة، بحيث لا يجوز التضحية بالحقوق والحريات الفردية إلا في اضيق نطاق، وللضرورة القصوى التي تتطلبها مصلحة المجتمع. وعلى العكس من ذلك في الدول التي تقل فيها فرص احترام سيادة القانون ويتفوق فيها المنظور الأمني والاجتماعي، على حساب الحقوق والحريات، فتزداد مساحة التجريم والعقاب وتضييق مساحة الحريات مما يخل بالتوازن بين حماية الحقوق والحريات وحماية المصلحة العامة. وهو ما يؤدي إلى الإخلال بأصل البراءة[1].

۞ منهج البحث:

الموضوع في جوانبه المختلفة سواء من الناحية التاريخية، أو الفلسفية، يتطلب أن نرد فيه الفروع إلى أصولها، ومنبعها الصحيح، من خلال دراسة موضوعية، لا يحركها فقط الحماس، أو الغيرة على أصول ومصادر يراد إقصاؤها من هنا وهناك، وإنما هي الحقيقة التي تستند إلى براهين جلية، سوف تبدد كل شك و ريبة.

فإذا كانت البشرية قد اهتدت عبر مراحل نضالها الطويل إلى إعلاء قيمة الحق في أصل البراءة، وغيره من الحقوق والحريات، من خلال ما سطرته الإعلانات والاتفاقيات الدولية، أو الدساتير الداخلية المعاصرة، فإن وقفة منصفة سوف تقودنا إلى حقيقة مفادها: أن التشريع الجنائي الإسلامي هو اول من كفل حق المتهم في أصل البراءة وما ينبثق عنه من حقوق.

وليس ادل على أن أصل البراءة من المبادئ التي كفلها التشريع الجنائي الإسلامي من أن القرآن الكريم قد جاء فيه آية عظيمة هي قوله تعالى:﴿ وَمَنْ يَكْسِبْ

(1)Catherine SAMET:"La présomption d'innocence ",Revue Pénitentiaire et de droit pénal. Édition, Cujas,N°1, AVRIL 2001, P13 et 14.

وراجع ايضاً في ذلك: استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور:" القانون الجنائي الدستوري "، مرجع سابق، ص5 وما بعدها.

خَطِيئَةً أَوْ إِثْمًا ثُمَّ يَرْمِ بِهِ بَرِيئًا فَقَدِ احْتَمَلَ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا ﴾[1]، حيث تدعو هذه الآية إلى ضرورة حماية أصل البراءة في كل إنسان من أن يصيبها العدوان الأثيم من قبل متعمد، أو مخطيء يريد أن يقذف بالجريمة شخصاً أو أشخاصاً هم في الأصل أبرياء، مما يوحي معها أن البراءة هي- بلا شك- أمر هائلٌ ثقيل الوزن في ميزان الله، فكان الغضب للحق، والغيرة على العدل هو عنوان هذه الآية ،لأنّ رمي البريء بالجريمة في ذاته كبيرة، لما فيه من الاعتداء على حقّ الفرد. ولا عبرة بجنسية الشخص أو لونه أو ديانته[2].

ومما يعزز ذلك الأحاديث النبوية التي تصيغ نتائج هذا المبدأ في أنصع صورة منها الحديث الشريف الذي أخرجه الترمذي والحاكم والبيهقي وغيرهم من حديث عائشة- رضي الله عنها-: قَالَت: قال رسول الله ﷺ: « ادْرَءُوا الْحُدُودَ عَنْ الْمُسْلِمِينَ مَا استطَعْتُمْ فإن كَانَ لَهُ مَخرَجٌ فَخَلُّوا سَبِيلَهُ، فإن الإمام أن يُخطِئَ فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أن يُخطِئَ في الْعُقُوبَةِ »[3]. وقد روي عن غير واحد من الصحابة -رضي الله عنهم- أنهم قالوا مثل ذلك، وبه عمل الصحابة[4].

وتحتاج دراستنا إلى نظرة دقيقة للموضوع من خلال منهج تحليلي تأصيلي مقارن، حتى يمكن الوصول بالرسالة إلى تحقيق أهدافها وغاياتها، وذلك من خلال تحليل النظام القانوني في كل من فرنسا ومصر واليمن للبحث عن مصادر هذه الحماية في الدساتير، والقوانين النافذة، ومدى اقترابها، أو ابتعادها من الحماية التي كفلتها المعايير الدولية الملزمة، وفي مقدمتها المعاهدة الدولية للحقوق المدنية

---

(1) سورة النساء الآية : ١١٢.

(2) فالآية القرآنية قد جاء في أسباب نزولها، أن المتهم كان يهودياً، " واسمه زيد ابن السمين ". ورماه أحد الأشخاص بالسرقة(طعمة بن أبيرق)، فنزلت لتحمي أصل البراءة في رجلٍ يهوديٍ، اتهم ظلماً، ولتدين الذين تآمروا على اتهامه، حتى وإن كانوا محسوبين على الجماعة المسلمة.راجع: تفسير الطبري للإمام محمد بن جرير الطبري (٢٢٤- ٣١٠)، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ جـ٥، ص ٢٦٥. فتح الباري لابن حجر، دار المعرفة - بيروت-١٣٧٩هـ جـ٥ ، ص ٢٦٣.

(3)رواه الترمذي مرفوعاواخرجه البيهقي عن عمر وعقبة بن عامر ومعاذ بن جبل موقوفاً ; والصواب الموقوف سنن الترمذي، للإمام محمد بن عيسى الترمذي، المتوفى سنة ٢٩٧ هـ دار إحياء التراث العربي،زاد المعاد جـ٥ ص٥٥، بدون سنة نشر، باب درء الحدود، جـ ٤ ص٣٣.

(4) انظر ما سيلي في الباب الأول ، ص ٦٠.

والسياسية، وكذلك الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية. فضلاً عن رد الفروع إلى أصولها.

كما انه من الضروري ان نربط دراستنا لهذه الحماية بالتشريع الجنائي الإسلامي الذي اصل لهذا المبدا مما يشكل مصدراً من مصادر الحماية الجنائية لأصل البراءة.

۞ خطة البحث:

على هدي ما تقدم، سنعالج موضوع هذه الرسالة في تمهيد وأبواب أربعة، على النحو التالي:

الفصل التمهيدي: ماهية الحماية الجنائية لأصل البراءة

المبحث الأول: مفهوم الحماية الجنائية لأصل البراءة

المبحث الثاني: ماهية أصل البراءة.

الباب الأول: التطور التشريعي والفلسفي لأصل البراءة

الفصل الأول: نشأة أصل البراءة ومراحل تطوره

الفصل الثاني: تكريس اصل البراءة في التشريعات المعاصرة

الفصل الثالث: نطاق الحق في أصل البراءة وتقديره.

الباب الثاني : حماية أصل البراءة في مواجهة الإجراءات الماسة بالحرية

الفصل الأول: حماية أصل البراءة أثناء التحفظ والقبض

الفصل الثاني: حماية أصل البراءة أثناء الحبس الاحتياطي

الفصل الثالث : الجزاءات المترتبة على مخالفة ضمانات المساس بالحرية

الباب الثالث: حماية أصل البراءة أثناء سير العدالة الجنائية

الفصل الأول: حماية أصل البراءة أثناء استجواب المتهم

الفصل الثاني: حماية أصل البراءة أثناء التحقيق الابتدائي

الفصل الثالث: حماية أصل البراءة أثناء المحاكمة

الباب الرابع: حماية أصل البراءة أثناء تداول الدليل الجنائي

الفصل الأول: ضمان حق المتهم في عدم إثبات براءته

الفصل الثاني: اليقين القضائي كأساس لهدم أصل البراءة

الفصل الثالث: الشك يفسر لمصلحة المتهم.

الفصل التمهيدي

ماهية الحماية الجنائية لأصل البراءة



تمهيد وتقسيم:

تتطلب دراسة الحماية الجنائية لحق المتهم في أصل البراءة أن نعرف أولاً المفردات التي تتناولها هذه الحماية، وطبيعة الفعل محل الحماية، لما في ذلك من تمهيد طبيعي للدراسة، يساعد على فهم المراحل المقبلة لها، فتعريف الشيء هو كشف لهويته ومدخل إلى بيان معالمه، فيبدد بذلك الغموض ويمنع اللبس ويساعد على الفهم الصحيح للموضوع.

ولذلك سوف نقسم هذا الفصل التمهيدي إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم الحماية الجنائية محل الدراسة

المبحث الثاني: ماهية أصل البراءة ومبرراته ؟

****

المبحث الأول

مفهوم الحماية الجنائية مناط الدراسة

تمهيد وتقسيم:

لاشك أن القانون الجنائي بشقيه - الموضوعي والإجرائي- يعرض الحقوق والحريات للخطر؛ من خلال ما يفرضه من أنماط السلوك المأمور بفعله أو المنهي عن إتيانه، وما يضعه من عقوبات حين الخروج عليه، أو من خلال ما يضعه من إجراءات جنائية تمس بالحقوق والحريات في سبيل كشف الحقيقة والوصول إلى من خرج على مقتضى ما رسمه القانون من سلوك[1]. فإذا كان ذلك كذلك فإن التساؤل الذي يطرح نفسه في بساط البحث هو: كيف يتم البحث عن حماية جنائية للحق في أصل البراءة في قانون جنائي طبيعته المساس بهذا الحق، وما يرتبط به من الحقوق والحريات ؟ وما هو جوهر الحماية الجنائية لأصل البراءة إذاً ؟ ومتى تحقق قواعد

---

(1)انظر في ذلك: أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور:" الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية"، مرجع سابق، ص11 وما بعدها، ولذات المؤلف الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، ط1 1999، ص101 وما بعدها . وله أيضا القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، ط3 2004، ص9 وما بعدها.

القانون الجنائي هذه الحماية ؟ ومتى تكون هي ذاتها سبباً في انتهاكها للحق في أصل البراءة؟.

وللإجابة عن تلك التساؤلات، يقتضي أن نبين -بإيجاز- مفهوم الحماية الجنائية بوجه عام والحماية الجنائية لأصل البراءة، والذاتية الخاصة لها. وذلك في مطلبين: نتناول في المطلب الأول: مفهوم الحماية الجنائية بوجه عام. ثم في المطلب الثاني نتناول مفهوم الحماية الجنائية مناط الدراسة، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

مفهوم الحماية الجنائية بوجه عام

أولاً :المفهوم اللغوي والاصطلاحي للحماية الجنائية :

١-مفهوم الحماية لغة واصطلاحاً:

أ- **الحماية لغةً:** اسم من حمي، وحَمَاهُ يحميه حِمَايةً اي دفع عنه[1] .والحِمْيَة والحِمَى: ما حُمِيَ من شيء وحَمَى المَرِيضَ ما يضرُه حِمْيَةً: مَنَعَه إيَّاه[2].

ب-**الحماية اصطلاحا:** اسم يعبر عن احتياط يرتكز على وقاية شخص، او مال ضد المخاطر وضمان أمنه وسلامته... وذلك بواسطة وسائل قانونية، او مادية. وهذا الاحتياط يتوافق مع من يحميه، او ما يحميه.كما يعبر هذا المصطلح على عمل الحماية ونظامها على حد سواء، اي على التدبير أو الإجراء أو النظام او الجهاز الذي يتكفل بالحماية المعنية[3].

٢-مفهوم الجناية لغة واصطلاحاً:

أ- **الجناية في اللغةً:** اسم لما يجنيه المرء من شر، وما اكتسبه. وهي تسمية

---

(١) مختار الصحاح للشيخ محمد ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، دار الكتب العلمية بيروت ، جـ١، ص ٦٦.

(٢) لسان العرب محمد بن مكرم بن علي الأنصاري (ابن منظور)، المتوفى سنة ٣٩٣هـ إعداد وتصنيف يوسف خياط ونديم مرعشلي،بدون سنة نشر ، دار لسان العرب بيروت ، جـ ١٤، ص ١٩٨.

(٣) الدكتور محمود صالح العادلي ، " *الحماية الجنائية لالتزام المحامي بالمحافظة على أسرار موكليه* " دراسة مقارنة، ط٢ ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٢ م، دار النهضة ص٦.

للمصدر من جنى عليه شراً، وهو لفظ عام، إلا انه خص بما يحرم من الفعل[1].

ب- الجناية اصطلاحاً: اسم لفعل محرم شرعا، سواء كان من مال أو نفس. والجنايَة هي الذَنبُ والجُرْم وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو القصاص في الدنيا والآخرة[2].

٣-مفهوم الجناية في التشريع والفقه:

ينصرف مفهوم الجناية في التشريع المصري إلى الجرائم المعاقب عليها بعقوبات الإعدام، أو السجن المؤبد أو السجن المشدد، أو السجن[3]. بينما الجناية في الاصطلاح الفقهي مرادفاً للفظ الجريمة[4].

ووفقاً لذلك، فقد سمي القانون المختص بالتجريم والعقاب- بمعناه الضيق- بالقانون الجنائي، ولفظ الجنائي مشتق من الجناية، وهي أخطر الجرائم وأعلاها جسامة[5].

وقد واجهت تلك التسمية نقداً من قبل بعض رجال الفقه، إذ قيل بأنها قاصرة الدلالة في بيان موضوعها؛ حيث توحي بأن القانون الجنائي لا يعالج سوى طائفة واحدة من الجرائم، وهي الجنايات، ويغفل ما دون ذلك من الجرائم، وهي طائفة الجنح والمخالفات[6].

ويرى بعض الفقه، أن هذا النقد مبالغ فيه؛ لأنه من المستساغ أن تستند التسمية إلى اكثر اجزاء المسمى اهمية وهي الجنايات؛ للتعبير عن كل الموضوع المراد تسميته وهو الجرائم، ومن ثم، فإن تعبير القانون الجنائي يفي بالغرض، ومع ذلك، فإن تسمية القانون الجنائي تغطي -عملياً- مجالاً أوسع، إذ يقصد بها، كل من القواعد الجنائية

---

(1) البحر الرائق شرح كنز الرقائق ، زين العابدين بن إبراهيم بن نجم ، دار المعرفة -بيروت بدون سنة نشر ، جـ ٨ ص ٣٢٦ .

(2) لسان العرب، لابن منظور، المرجع السابق ، جـ ١٤ ص١٥٤.

(3) انظر نص المادة العاشرة من قانون العقوبات المصري والمعدلة بالقانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣ المنشور بالجريدة الرسمية العدد رقم ٢٥ في ١٩ يونيه ٢٠٠٣.

(4) عبد القادر عودة: " التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي " ، المرجع السابق، ص٦٧.

(5) انظر: الدكتور احمد عوض بلال :" محاضرات في النظرية العامة للجريمة " ،دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠-٢٠٠١م ، ص٩ .

(6) انظر: الدكتور احمد عوض بلال :" محاضرات في النظرية العامة للجريمة " ،المرجع السابق ، ص٩ .

الموضوعية، وقواعد الإجراءات الجنائية [1].

وفي التقنين اليمني سمي القانون الجنائي " بالقانون الجزائي"، وهي تسمية تتفق مع تقسيم الجرائم في اليمن، حيث تقسم إلى حدود وقصاص وتعازير. بخلاف التشريعين الفرنسي و المصري، إذ يتم تقسيم الجرائم فيهما إلى جنايات وجنح ومخالفات.

ثانيا : تعريف الفقه للحماية الجنائية بوجه عام :

تعددت التعريفات التي قال بها الفقهاء للحماية الجنائية بوجه عام، ويمكن أن نرجعها إلى اتجاهين: أحدهما مضيق والآخر موسع.

فقد ذهب الاتجاه المضيق[2] إلى تعريف الحماية الجنائية بأنها " تعني أن يدفع قانون العقوبات عن الحقوق، أو المصالح المحمية كل الأفعال غير المشروعة التي تؤدي إلى النيل منها، عن طريق ما يقرره لها من عقوبات.

وعرفها الاتجاه الموسع [3]بأنها، مجموعة القواعد، او الأحكام الجنائية الموضوعية، أو الإجرائية، التي يتوسل بها المشرع لوقاية شخص، أو مال، أو بوجه عام مصلحة معينة ضد المساس الفعلي أو المحتمل، ولفرض جزاء جنائي على من يخالف ذلك، أو جزاء إجرائي على العمل الإجرائي الذي انطوى على هذا المساس، أو اتصل بهذا المساس بشكل أو بآخر.

ومن خلال التعريفين السابقين، يتضح أن التعريف الأول قد قصر الحماية الجنائية على الحماية التي قررها قانون العقوبات، واستبعد من نطاقها الحماية الإجرائية التي كفلها قانون الإجراءات الجنائية، وانواع الحماية الأخرى.أما التعريف الثاني، فقد وسع من تعريف القانون الجنائي، فشمل بذلك الحماية الجنائية

---

(1) الدكتور احمد عوض بلال : المرجع السابق ذاته ، ص٩ .

(2)الدكتور هلالي عبد اللاه احمد: "الحماية الجنائية لحق الطفل في الحياة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية"، دار النهضة العربية، ١٩٨٩، ص ١٩ .

(3) انظر في ذلك: استاذنا الدكتور يسر انور علي، " شرح قانون العقوبات - النظريات العامة"١٩٩٨ ص١٢. الدكتور محمود صالح العادلي" الحماية الجنائية لالتزام المحامي بالمحافظة على اسرار موكليه "، مرجع سابق، ص٦. الدكتور احمد محمد الفقي :" الحماية الجنائية لحقوق ضحايا الجريمة" ، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس،٢٠٠١، ص ١٢.

الموضوعية المبنية على قانون العقوبات، والحماية الإجرائية المبنية على قانون الإجراءات الجنائية.إلا أنه استبعد من نطاقها الفروع الأخرى من افرع القانون الأخرى.و التعريف الموسع هو ما نميل إليه.

وترتيباً على ما سبق، فإن وظيفة القانون الجنائي حمائية، حيث يحمي قيماً او مصالح، أو حقوقاً، بلغت حداً من الأهمية، اضحت معها الحماية الأخرى المقررة في فروع القانون الأخرى غير كافية لوحدها[1]. فهناك على سبيل المثال مصالح وقيم وحقوق يحميها القانون المدني، وأخرى يحميها القانون الإداري، وأخرى يحميها القانون الدستوري، أو التجاري، وغيرها..، بالإضافة إلى القيم التي يحميها القانون الجنائي. وكل فرع من هذه الفروع قد تستأثر قواعده بحماية مصلحة من المصالح او قد تتعدد الحماية القانونية لذات المصلحة بأكثر من فرع من فروع القانون ،كأن تحمي قواعد القانون التجاري والجنائي - مثلاً- موضوع الشيك، كأحد الأوراق التجارية[2]، ومع ذلك يبقى لكل قاعدة قانونية مصلحة من المصالح المراد حمايتها إذ لا تحمي القاعدة الواحدة سوى مصلحة واحدة[3].

ويبقى للقانون الجنائي وظيفة لها خصوصيتها، مقارنة بوظيفة باقي فروع القانون الأخرى، وذلك من ناحيتين: من ناحية طبيعة الجزاء المقرر، ومن ناحية طبيعة المصلحة المحمية.

فمن ناحية طبيعة الجزاء المقرر، فإن القانون الجنائي بشقه الموضوعي -المتعلق بالتجريم والعقاب- يفرض جزاءات تتسم بالشدة والقسوة، مقارنة بالجزاءات التي تتضمنها القوانين الأخرى[4]، كالقانون المدني، أو الإداري، فمثلاً الجزاء الجنائي ينال الإنسان الفرد في أثمن وأغلى ما يخص إنسانيته، إما في حياته فيهدرها، وإما في حريته فيسلبها، او يقيدها، وإما في شرفه واعتباره فيصمه بالإجرام، وتبقى هذه الوصمة عاراً له وقد تلحق من بعده ممن تربطهم به صلة قربى. أما الجزاء المدني فينحصر

---

(1) الدكتور احمد عوض بلال: " محاضرات في النظرية العامة للجريمة "، مرجع سابق، ص45. وانظر: الدكتور حسني قمر : " الحماية الجنائية للحقوق السياسية "، دار الكتب القانونية، 2006، ص21.

(2) راجع في ذلك: الدكتور عبد الفتاح مصطفى الصيفي: " القاعدة الجنائية "دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائي المعاصر" ، دار النهضة العربية ، بدون سنة نشر ، ص 3 وما يليها .

(3) الدكتور عبد الفتاح مصطفى الصيفي: " القاعدة الجنائية "، المرجع السابق، ص 137.

(4) انظر: استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري "، مرجع سابق،ط3، ص 9 .

في المساس بالذمة المالية للإنسان الفرد، ولا يبلغ ذلك المدى، ولا تلحق به مثل تلك الوصمة المشينة[1].

ومن ناحية طبيعة المصلحة المحمية قانوناً، فإن القانون الجنائي -بشقه الموضوعي- لا ينشغل سوى بالقيم الجوهرية للجماعة، والمصالح الأساسية للفرد فيحميهما من كل عدوان يضر بهما، أو يهددهما. ويوازن القانون الجنائي بفرعيه -العقابي والإجرائي- بين المصلحة الخاصة بالفرد والمصلحة العامة، ويقر من المصلحتين ما يهم المجتمع، ويضمن سيره وفاعليته. ويتوقف تقدير ما يهم المجتمع من المصالح -وخاصة الفردية منها - على النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة[2].

المطلب الثاني

مفهوم وطبيعة الحماية الجنائية لأصل البراءة

سبق الذكر بأن القانون الجنائي بشقيه يتميز بأن قواعده تتسم بقوة التأثير على السلوك الاجتماعي، بما يفرضه من قيود على الحقوق والحريات، وبما يفرضه من مساس بها، سواء بما يفرضه من انماطٍ للسلوك من خلال التجريم، وما يرتبه من عقوبة على مخالفتها، مما يمس بالحقوق و الحريات الشخصية للفرد. أو بما يضعه من قواعد إجرائية تمس حقوق وحريات المواطنين في سبيل كشف الحقيقة، وإقرار سلطة الدولة في العقاب[3].

ومن هنا كان التساؤل السابق كيف يمكن أن نبحث عن حماية جنائية للحق في أصل البراءة وما ينبثق عنه من حقوق وحريات، في قانون جنائي طبيعته المساس بهذا الحق، وما ينبثق عنه من الحقوق والحريات ؟

وللإجابة عن ذلك ، يتحتم علينا أولاً أن نبين الحدود التي يسمح بها القانون لممارسة الدولة حقها في التجريم والعقاب، وفي وضع القواعد الإجرائية التي تنشأ

---

(1) الدكتور خيري احمد الكباش، " الحماية الجنائية لحقوق الإنسان دراسة مقارنة "، رسالة دكتوراه جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص٨

(2) الدكتور سليمان عبد المنعم، " النظرية العامة لقانون العقوبات"، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، ٢٠٠٠م، ص ١٩.

(3) أستاذنا الدكتور احمد فتحي سرور، " القانون الجنائي الدستوري "، مرجع سابق ، ص ٧.

لإعمال أحكام التجريم والعقاب تحقيقاً للمصلحة العامة. وفي ذات الوقت الوقوف على ما يوفره القانون الجنائي من ضمانات تحمي الحقوق والحريات عند اتخاذ الإجراءات التي تمس بالحقوق والحريات في سبيل الوصول إلى الجاني تمهيداً لمعاقبته.

وسوف نبين مفهوم الحماية الجنائية لأصل البراءة وجوهرها، وذلك على النحو التالي:

أولاً : أساليب الحماية الجنائية للحقوق والحريات :

للقانون الجنائي وظيفتين حمائيتين يقوم بهما هما :

١- الحماية الجنائية للمصلحة العامة: ويتحقق ذلك من ناحيتين:

الناحية الأولى: من خلال فرضه انماط السلوك الذي يجب أن يلتزم به الأفراد، وفرض جزاءات لضمان عدم الخروج عليها، وهذا هو الشق الموضوعي للقانون الجنائي.

والناحية الثانية : من خلال ما ينظمه من إجراءات ماسة بالحرية بهدف كشف الحقيقة والوصول إلى الجاني تمهيداً لمعاقبته، وهذا هو الشق الإجرائي للقانون الجنائي.

٢- الحماية الجنائية للحقوق والحريات الفردية:

وتتحقق وظيفة القانون الجنائي في حماية الحقوق والحريات من خلال ثلاثة أساليب اوردها أستاذنا الدكتور احمد فتحي سرور، وذلك على النحو التالي[١] :

الأسلوب الأول: الحماية الجنائية للحقوق والحريات، من خلال تجريم الأفعال التي تمس بها، ومعاقبة من يعتدي عليها، سواء وقع الاعتداء عليها من قبل أحد الأفراد، أو بواسطة أحد رجال السلطة العامة. وهذه الحماية تهدف في ذات الوقت إلى حماية النظام العام الذي يتأذى من المساس به، ومن المساس بالحقوق والحريات[٢] .

---

(١) انظر في ذلك: استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية"، مرجع سابق، ص١١ وما بعدها، ولسيادته ايضاً الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، ط١ ١٩٩٩، ص١٠ وما بعدها. وايضا القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، ط٣ ٢٠٠٤، ص١٠ وما بعدها.

(٢) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري "، المرجع السابق ، ص١٠.

الأسلوب الثاني: تتم الحماية الجنائية للحقوق والحريات، من خلال التوازن فيما بينها من ناحية، وفيما بينها وبين المصلحة العامة من ناحية اخرى. فلا يجوز أن تكون حماية للمصلحة العامة، أو حماية حقوق الغير، وسيلة للعصف بالحقوق والحريات الأخرى، فالحق في الثقة والاعتبار - مثلاً- لا يجوز أن يمس الحق في حرية التعبير، وهكذا...[1]

وكذلك تكون هذه الحماية في إطار التوازن مع المصلحة العامة المتمثلة في النظام العام بجميع جوانبه، وذلك حين يتطلب تنظيم ممارسة هذه الحقوق والحريات داخل حدود معينة مراعاة للصالح العام وتجريم الخروج عن هذه الحدود. وهو ما يمثل الضرورة الاجتماعية التي تتطلب التجريم والعقاب، وبقدر الفعل الصادر الذي يتطلبه دون تجاوز[2].

الأسلوب الثالث: تتم فيه الحماية الجنائية من خلال الضمانات التي تكفل حرية الفرد ضد أي إجراء جنائي تتخذه السلطة العامة لاقتضاء حقها في العقاب، فإذا تطلب الأمر من سلطة التحقيق القبض على المتهم أو تفتيشه، أو حبسه احتياطياً أو محاكمته فلا يجوز أن يتم ذلك بانتهاك حقه الدستوري في التمتع بأصل البراءة وما ينبثق عنه من حقوق، كحقه في الحرية، وحقه في الدفاع، وفي عدم إدانة النفس وحقه في أن يتمتع بحقوق متوازنة مع سلطة الاتهام، وبشكل عام حقه في محاكمة عادلة ومنصفة.

وهذا الأسلوب الثالث من أساليب الحماية الجنائية للحقوق والحريات هو الذي يشكل المفهوم الدقيق للحماية الجنائية لأصل البراءة.ولا شك أن تحقيق هذه الحماية يكون من خلال التوازن الدقيق مع الحماية الجنائية للمصلحة العامة من غير ضرر أو إضرار.

ومن هنا قيل - وما يزال- بأن الصراع دائم و مستمر بين مقتضيات حماية المصلحة العامة، و حماية حقوق الفرد وحرياته، وأنه لا يمكن توقي الصراع إلا

([1]) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: المرجع السابق نفسه ، ص ٨ .

([2]) الدكتور محمد عيد الغريب: النظام العام في قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٦، ص ٢٢.

بضمانات فعلية، توازن بينهما[1].

ولإبراز طبيعة الحماية الجنائية لأصل البراءة، ينبغي توضيح جوهر هذه الحماية أولاً، ثم ذاتيتها الخاصة. وذلك على النحو التالي:

ثانياً: السياسة الجنائية جوهر الحماية الجنائية لأصل البراءة:

لاشك أن الحماية الجنائية لأصل البراءة تكون من خلال التوفيق بين حماية حقوق وحريات الأفراد من ناحية، وحق الجماعة في الدفاع عن مصالحه الأساسية من ناحية أخرى، دون بغي، أو تفريط. ويتوقف تحقيق هذا التوافق على السياسة الجنائية التشريعية في الدول المختلفة، ففي الدول الشمولية يزيد حجم المساس بالحقوق والحريات الفردية لصالح الدولة. وبالتالي تقل فرص الحماية الجنائية لأصل البراءة. أما في الدول التي يحكمها الفكر الديمقراطي الحر، فإنها في تنظيمها لهذه الحقوق وفي تحقيقها لمصلحة المجتمع تتقيد بما يجب أن يتمتع به الفرد من حقوق وحريات.فلا يكون هذا المساس إلا بالقدر الذي تقتضيه المصلحة الاجتماعية. وبالتالي تزداد القواعد الكفيلة بالحماية الجنائية لأصل البراءة.و من هنا أمكننا القول: إن السياسة الجنائية الرشيدة هي جوهر الحماية الجنائية لأصل البراءة.

والسياسة الجنائية[2] كجوهر للحماية الجنائية لأصل البراءة.لها دور توجيهي نحو البحث عن قواعد ومبادئ أكثر ملائمة تحقق حماية فاعلة لأصل البراءة وما ينبثق عنه من حقوق. ويكون ذلك من خلال البحث عن الضمانات التي تحمي أصل البراءة، سواء في المواثيق الدولية ، أو من خلال ما تكرسه التشريعات الداخلية وفي مقدمتها الدستور من كفالة للحقوق والحريات عند مباشرة الإجراءات الجنائية أو من خلال العمل الدائم والمستمر للارتقاء التشريعي، بما يؤدي إلى تحقيق التوازن

---

(1) أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور: " الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية"، مرجع سابق، ص١١. الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، ط١ ١٩٩٩، ص١٠١، ١٠٢.القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، ط٤ ٢٠٠٦، ص١١. والمرجع المشار إليه في الهامش رقم ٢ . الدكتور عصام عفيفي حسيني عبد البصير: " تجزئة القاعدة الجنائية"، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس، ٢٠٠٢م، ص ٢٥٤ وما بعدها.

(2) وقد عرف أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور السياسة الجنائية بأنها الخطوط العامة التي تحدد اتجاه المشرع الجنائي والسلطات القائمة على تطبيق التشريع وتنفيذه من أجل تحقيق الدفاع الاجتماعي. فهي التي تحدد ما يجب أن يكون عليه التشريع. انظر بالتفصيل:" السياسة الجنائية"، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول ، السنة التاسعة والثلاثون ، مارس سنة ١٩٦٩ ، ص ٣ وما بعدها.

بين حماية المصلحة العامة وحماية مصلحة الفرد التي تنشدها المجتمعات لتحقيق هذه الحماية[١].

ولا نغفل ان نبحث عن مصادر الحماية الجنائية لأصل البراءة في التشريع الجنائي الإسلامي، فهو -بلا شك- تشريع يحمل الكثير من القيم والمبادئ التي تحمي المصالح المتعارضة، بل لا ابالغ في القول بأنه الأقدر على تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة، فقواعده ليست جامدة، وإنما قواعد صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان وتتوافق مع الوقائع والاجتهاد فيها، ومما يدلل على ذلك ان فقه الموازنات بين المصالح والمفاسد، والسياسة الشرعية هما من أساسيات اصول التشريع الإسلامي[٢].

ثالثاً :ذاتية الحماية الجنائية لأصل البراءة:

تتميز الحماية الجنائية لأصل البراءة بذاتية خاصة، تميزها عن الحماية الجنائية للأشياء والأموال، ويظهر هذا الاختلاف من عدة زوايا:

فمن حيث نوع الحماية: نجد أن الحماية الجنائية للأشياء والأموال موجهة -غالباً- إلى عدوان الفرد عليها، لا على عدوان السلطة العامة[٣]. اما الحماية الجنائية لأصل البراءة، فهي موجهة -غالباً- إلى رجال السلطة العامة،لأن انتهاك الحق في أصل البراءة لا يقع في الغالب إلا من رجال السلطة العامة، سواء كانوا من رجال الشرطة او من أعضاء النيابة، أو رجال القضاء، او قد يكون الانتهاك -في حالات خاصة- من قبل رجال الصحافة[٤].

ومن حيث محل الحماية الجنائية: فإنها في الأموال والأشياء تنصب على شيء

---

(١) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: "اصول السياسة الجنائية"، المرجع السابق، ص ١٣٥ وما بعدها.

(٢) انظر مثلاً : كتاب السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية ، للإمام احمد بن تيمية ، (٦٦١ — ٧٢٨)، وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد- المملكة العربية السعودية ، ط١،١٤١٨هـ والطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لابن القيم الجوزية (المتوفى سنة ٧٥١هـ)، مطبعة المدني، سنة ١٣٩٧هـ-١٩٧٧ وكتاب قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام،(المتوفى سنة٦٦٠هـ)دار الكتب العلمية- بيروت.

(٣)انظر: استاذنا الدكتور محمد ابو العُلا عقيدة: " شرح قانون العقوبات"، القسم الخاص، الكتاب الثالث جرائم الاعتداء على الأموال ، الطبعة الثانية ، ١٩٩٦ ، ص١ وما بعدها .

(٤) استاذنا الدكتور محمد ابو العُلا عقيدة، المرجع السابق نفسه، ص ٤.

مادي يقع الاعتداء عليه[1]. أما بالنسبة لأصل البراءة، فهي ليست شيئاً مادياً يتصور وقوع الاعتداء عليه، وإنما هي مجرد حق معنوي، أو مركز معنوي يتعلق بحق من حقوق الإنسان، وبمبدأ من المبادئ اللصيقة بالحرية الشخصية، ويستهدف القانون حمايته من المساس في إطار التوازن بين المصالح.

ومن حيث مصدر الحماية: نجد أن الحماية الجنائية للأشياء والأموال، قد تختلف من دولة إلى أخرى. فهي تخضع -غالباً- لتقدير السلطة التشريعية البحتة حسب ظروفها الداخلية، والنظام المتبع لديها. بيد أن الحماية الجنائية لأصل البراءة وإن كانت التشريعات الداخلية هي التي تضع القواعد الكفيلة بحماية هذا المبدأ ، فإن لها حد مشترك بين الدول، لتعلقها بحق من حقوق الإنسان، ومن ثم تخضع لقواعد الشرعية الدولية، ولا يجوز للدولة أن تتجاوز الحد الأدنى للضمانات المقررة دولياً لحماية هذا الحق.

ويترتب على هذا الاختلاف بين نوعي الحماية الجنائية، نتيجة هامة - بالنسبة لأصل البراءة - مفادها: ألا تقتصر الدراسة في مجال الحماية الجنائية لأصل البراءة، على مجرد دراسة أركان الجريمة، وعقوبتها، فذلك لا يعبر بدقة عن دراسة متعلقة بالحماية الجنائية لأصل البراءة، وإنما تنصب الدراسة في هذا البحث على الضمانات المتعلقة بأصل البراءة، وتحديد الوسائل الكفيلة بحمايته، ثم تحليل موقف المشرع منها، ومدى التزامه بقواعد الشرعية الدولية ذات القوة الملزمة، والوثيقة الأسمى في داخل الدولة (الدستور)، ومدى كفاية ذلك لتحقيق حماية فعالة لأصل البراءة تمنع من تحكم السلطة العامة عند تطبيق القانون الجنائي.

رابعاً : الحماية الدستورية الجنائية لأصل البراءة :

هناك قواعد جنائية يقررها القانون الجنائي بشقيه -الموضوعي والإجرائي- وفقاً للسياسة الجنائية المتبعة لدى المشرع في بلد ما، وتخضع لجملة من المبادئ الدستورية التي تسهم في تحديد مضمون القانون الجنائي ذاته[2] ؛ ذلك أن الدستور

---

(1) قارن، الدكتور محمد زكي ابو عامر، " الحماية الجنائية للحريات الشخصية "، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٩، ص١٥.

(2)هناك علاقة وثيقة تجمع بين الدستور والقانون الجنائي، فهما إلى جانب انتمائهما إلى القانون العام، يحتويان على مجموعة من القواعد القانونية، الصادرة عن الشارع الوطني وإن اختلفت الأداة التشريعية التي يصدر عن كل منهما.وإن كليهما يخاطب العامة، ويبتغيان تحقيق للصالح المختلفة، وكلاهما تستند قواعده إلى ما استقر في المجتمع من قيم. راجع تفصيلاً: الدكتور محمود نجيب حسني " الدستور والقانون الجنائي "، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ٣.

- كوثيقة أسمى - يحمل في طياته جملة من القيم التي تحمى الحقوق والحريات للمواطنين، وكذلك تحمي القيم الأساسية للمجتمع. ولكفالة تطبيق دقيق لها أو فرض احترامها على السلطات العامة والأفراد، فقد استوجب على القانون الجنائي أن يكفل - بشقيه- حماية هذه القيم على نحو يتفق مع المبادئ التي كفلها الدستور[1].

ومن ثم يكون الدستور بذلك قد ارتقى بتلك القواعد الجنائية إلى مصاف المبادئ الدستورية إبرازاً لقيمتها الأساسية[2].

ومن تطبيقات القواعد التي أعلى من شأنها الدستور ما نص عليه الدستور المصري في المادة ٦٦ منه بأن " العقوبة شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون... ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون" وكذلك ما نصت عليه المادة ٦٧ من الدستور المصري بأن " المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه"[3].

وأيضاً ما نص عليه الدستور اليمني المعدل في٢٩ سبتمبر ١٩٩٤ في المادة ٤٧، بأن " المسئولية الجنائية شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص شرعي أو قانوني وكل متهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات، ولا يجوز سن قانون يعاقب على أي أفعال بأثر رجعي لصدوره "[4].

ومن ناحية أخرى، إذ يحمي الدستور الحقوق والحريات، فإن الأمر يتطلب أن يلتزم المشرع الجنائي عند وضعه قواعد التجريم والعقاب، عدم الخروج عما تقتضيه الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب. وعند وضع قواعد للإجراءات الجنائية التي تمس الحريات عدم الخروج عن الضمانات التي كفلها الدستور[5].

وليس هذا فحسب وإنما يجب أن يوفر المشرع الإجرائي الضمانات الكافية لحماية الحقوق والحريات التي كفلها الدستور، وأن يضع الجزاءات المناسبة في حال الاعتداء عليها[6].

---

(1) أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور، " القانون الجنائي الدستوري "، ط٣ ، ٢٠٠٤، مرجع سابق، ص٦.
(2) الدكتور محمود نجيب حسني ، " الدستور والقانون الجنائي"، المرجع السابق،ص٥ .
(3) الدستور المصري، المرجع السابق، ص ٢٢.
(4) مجموعة التشريعات اليمنية الصادر عن مكتب النائب العام ، الكتاب الأول ٢٠٠٣، ص١٥ .
(5) أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور، " القانون الجنائي الدستوري "، ط٣، ٢٠٠٤، مرجع سابق، ص٨.
(6) الدكتور محمود نجيب حسني " المرجع السابق ، ص ٣.

وتطبيقا لذلك، نص الدستور المصري في المادة "٤٢"، أن كل مواطن يقبض عليه او يحبس، او تقيد حريته بأي قيد تجب معاملته بما يحفظ عليه كرامة الإنسان، ولا يجوز إيذاؤه بدنيا، او معنويا.كما لا يجوز حجزه، او حبسه في غير الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون"[١]. ثم يأتي بعد ذلك قانون العقوبات ليتكفل بالنص على معاقبة الاعتداء على هذا الحق ، كما هو الحال في قانون العقوبات المصري ، إذ تنص المادة "٢٨٠" منه على أن : "كل من قبض على اي شخص او حبسه او حجزه بدون امر احد الحكام المختصين بذلك وفى غير الأحوال التي تصرح فيها القوانين واللوائح بالقبض على ذوى الشبهة يعاقب بالحبس أو بغرامة مائتي جنيه"[٢].

وبالنظر إلى حماية أصل البراءة ، نجد أن الدستور وجه المشرع العادي واضع القانون الجنائي، بوضع القواعد التي تكفل هذه الحماية، في إطار من التوازن مع بقية المصالح، بحيث لا تتعارض أحكام التشريع مع هذا المبدأ، وإلا أصبحت معيبة دستورياً، مما يستوجب الطعن بعدم دستوريتها أمام محكمة دستورية أعلى كما هو الحال في مصر باعتبارها الجهة التي تتولى الرقابة على الدستور[٣] ، أو الدائرة الدستورية في المحكمة العليا كما هو الحال في اليمن، باعتبارها الهيئة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين في اليمن[٤].

وفي هذا الصدد، قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر، بأن " الدستور.. في مادته السابعة والستين .. بما تنص عليه أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه...، تعتبر في نطاق الاتهام الجنائي وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التي قضى الدستور في المادة "٤١" منه بأنها من

---

(١) الدستور المصري، دار العربي للنشر، الطبعة الثانية ٢٠٠١، ص ١٧.

(٢) النص معدل بموجب القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢، دار الكتب القانونية للنشر،٢٠٠٦.ص ١٦٧.

(٣) فقد نصت المادة ١٧٥ من دستور جمهورية مصر العربية الصادر عام ١٩٧١ بأن " تتولى المحكمة الدستورية دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين في القانون " كما نصت على ذلك المادة ٢٥ من قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا بموجب القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩. الجريدة الرسمية العدد ٣٦ الصادر في ٦ سبتمبر ١٩٧٩.

(٤) انظر نص المادة ١٢ من القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١ بشأن السلطة القضائية، مجموعة التشريعات التنظيمية للسلطة القضائية الصادر عن وزارة العدل اليمنية ، الكتاب الأول، الطبعة الأولى يناير ٢٠٠١.

الحقوق الطبيعية التي لا يجوز الإخلال بها، أو تقييدها بالمخالفة لأحكامه "[1].

ونخلص مما سبق إلى أن الحماية الجنائية لأصل البراءة هي حماية أعلى الدستور من شأنها ووجه المشرع العادي إلى توفير الضمانات التي تحمي هذا المبدأ وما يرتبه من نتائج، وتحقيق ذلك يحتاج إلى سياسة جنائية متزنة وعادلة، قادرة على إقامة التوازن بين المصالح المتعارضة ، وتحقيق هذه التوازن يتوقف على النظام السياسي في كل دولة، ففي الدول الحرة التي تتسع فيها مساحة الحرية الفردية وتضيق فيها مساحة التجريم والعقاب، تكون الحماية الجنائية لأصل البراءة أكثر فاعلية والعكس صحيح. ففي الدول التي تضيق فيها مساحة الحرية الفردية ويطغى فيها جانب التجريم والعقاب، تنقلب فيها الموازين، ويصير التجريم والعقاب وسيلة بغي وطغيان. وتصير الإجراءات الجنائية وسيلة عصف بالحقوق والحريات.

وغني عن البيان أن أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور قد عني باستحداث فرع جديد للقانون الجنائي، هو القانون الجنائي الدستوري استظهر من خلاله المبادئ الدستورية التي يخضع لها القانون الجنائي بشقيه ومن هذه المبادئ أصل البراءة في المتهم [2].

المبحث الثاني

ماهية أصل البراءة

تمهيد وتقسيم :

من المسلم في الفقه والتشريع والقضاء، " أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته ". وليس من المختلف عليه أن الهدف من هذا المبدا هو حماية المتهم، سواء أكان ذلك فيما يتعلق بالمعاملة التي يخضع لها، أم فيما يتعلق بإثبات إدانته، غير أن المختلف عليه هو طبيعة هذا المبدأ.فهناك العديد من رجال الفقه والتشريع والقضاء يعتبرون أن البراءة قرينة قانونية بسيطة، وبالتالي يطلقون على هذا المبدا " قرينة البراءة "

---

(1) جلسة ٢ فبراير سنة ١٩٩٢ في القضية رقم ١٣ لسنة ١٢ قضائية " دستورية " ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر ، الجزء الخامس المجلد الأول ، ص ١٧٨ .

(2) انظر: أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري "، ط٤، ٢٠٠٦ مرجع سابق.

Le présomption d'innocence، والبعض الآخر يعتبر المبدأ برمته مثال للحيلة القانونية. وهناك من عبر عنه بأنه اصل فطري.

وعلى ضوء ذلك، سوف نتطرق أولاً بصفة موجزة لمدلول أصل البراءة ومبرراته في مطلب أول.ثم في المطلب الثاني نبين ما إذا كان مبدأ البراءة أصل أم قرينة ؟ وفي المطلب الثالث نتناول أصل البراءة كحق من الحقوق.

المطلب الأول

المدلول القانوني لأصل البراءة ومبرراته

سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول المدلول القانوني لأصل البراءة ثم في الفرع الثاني نتناول مبررات أصل البراءة.

الفرع الأول

المدلول القانوني لأصل البراءة

ذهب جانب من الفقه[1]، إلى أن البراءة في نظر القانون لها مدلولان: أحدهما موضوعي، والآخر شخصي:

أما المدلول الموضوعي: فمؤداه،" أن البراءة باعتبارها قرينة قانونية - بحسب هذا الرأي- يلقي على عاتق سلطة الاتهام عبء الإثبات، فالمتهم بريء حتى تثبت إدانته قانونا".

وأما المدلول الشخصي: فمؤداه، أن هذا المبدأ ليس فقط موجهاً لعبء الإثبات وإنما موجه إلى القائمين على الدعوى الجنائية، وتفرض عليهم معاملة المتهم على أنه بريء، طالما أن إدانته لم تثبت بعد بحكم قضائي، وبالتالي فهذا المبدأ يحد من الموقف الاتهامي الذي تتخذه هذه الهيئات، ويجعلها تغلب فكرة الخطأ في العفو عن الخطأ في العقوبة.

وهذان المدلولان في الحقيقة يشكلان مفهوماً واحداً؛ هو ما يسمى بالمدلول القانوني لأصل البراءة.

---

(١) انظر: الدكتور محمد محي الدين عوض: " الإثبات بين الازدواج والوحدة " ، مطبوعات جامعة القاهرة بالخرطوم ، ١٩٧٤ ، ص٢٦ هامش رقم "٦".

ويكاد يجمع الفقه الجنائي[1] على أن المدلول القانوني لأصل البراءة، هو: أن كل شخص تقام ضده الدعوى الجنائية، بصفته مرتكبا للجريمة، أو شريكاً فيها، يعد بريئا حتى تثبت إدانته بحكم بات، يصدر وفقا لمحاكمة قانونية ومنصفة، تتوافر له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، وأن تتم معاملته على أساس أنه بريء أثناء الإجراءات الجنائية، ولا يتأثر هذا المبدأ بجسامة الجريمة، أو بحجم الأدلة المتوفرة ضده، أو الاعتراف الصادر منه، أو حتى ضبطه متلبساً بالجريمة، فكل ذلك لا ينال من أصل البراءة، ولا ينقضه سوى الحكم البات الصادر بالإدانة.

وذهب بعض الفقه الجنائي[2] إلى أن للبراءة مدلولاً آخر غير المدلول القانوني، وهو ما أطلق عليه المدلول العام. ويقصد به عجز الإنسان عن ارتكاب الشر كالطفولة، فيقال: براءة الأطفال، وبراءة الحمل، بمعنى الطهارة والنقاء.

وهناك اتجاه آخر[3] ذهب أيضاً إلى أن للبراءة مدلولاً اجتماعياً، وهو ذلك التصور الذي يستقر في وجدان الرأي العام. ووفقا لهذا المفهوم، فإن البراءة ليست حالة الشخص الذي لم يصدر ضده حكم بالإدانة فحسب، ولكن يشمل أيضاً الشخص الشريف الذي

---

(١)استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: : "الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ،ط ١٩٩٦، مرجع سابق،ص١٧٩. ولذات المؤلف الحماية الدستورية للحقوق والحريات،ط١ ١٩٩٩،مرجع سابق،ص٥٥٣. القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، ص ٢٨٠ و٢٨١. د . الدكتور محمود محمود مصطفى: " الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن، مرجع سابق، ص٥٥. محمد زكي أبو عامر: "الإثبات في المواد الجنائية ". الفنية للطباعة والنشر. بدون سنة نشر،ص ٣٩. الدكتور أحمد إدريس أحمد، افتراض براءة المتهم، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، ١٩٨٤، ص ٦٠. الدكتور مصطفى فهمي الجوهري: " الوجه الثاني للشرعية الجنائية " قرينة البراءة ·، مرجع سابق، ص١٠. الدكتور عبد الستار سالم الكبيسي: " ضمانات المتهم قبل وأثناء المحاكمة، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٨١، ص٢٢٣ . الدكتور احمد ضياء الدين خليل: " مشروعية الدليل في المواد الجنائية "، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٢، ص١٨٠. الدكتور مفيدة سعد سويدان: " نظرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي "، رسالة دكتوراه، ١٩٨٥، ص ٤١٩. الدكتور عمر الفاروق الحسيني ، مدى تعبير الحكم بالإدانة غير الصادر بالإجماع عن الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي ، الطبعة الثانية ١٩٩٥ ، ص ٤٩. الدكتور عبد الجواد عبد الغفار محمد: " ضمانات الحرية الشخصية للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي "، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٥، ص ١٩٩. الدكتور حاتم بكار: " حماية حق المتهم في محاكمة عادلة "، رسالة- -دكتوراه جامعة الإسكندرية، دار النشر منشأة المعارف، ١٩٩٦، ص ٥٨. الدكتور احمد حبيب السماك:"قرينة البراءة ونتائجها -مجلة القانون والاقتصاد- العدد السابع والستون، ص ٢٦٠. الدكتور السيد محمد حسن شريف: " النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص٤٤٦.

(٢)انظر: الدكتور مفيدة سعد سويدان:" نظرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي"، مرجع سابق، ص٤١٩.

(٣) انظر: الدكتور السيد محمد حسن شريف: " النظرية العامة للإثبات الجنائي، مرجع سابق، ص٤٤٦. **Jacques Léauté:"*Le caractère irréparable de la perte de l'innocence*", *in*, l'innocence, déviance cahiers de l'institut de criminologie de paris,1976,N° 3-4, P5.**

لا يمكنه ان يرتكب اعمال، أو تصرفات تتنافى مع القيم والأخلاق السائدة في المجتمع، حتى ولو لم تقع تحت طائلة نصوص التجريم.

والمدلول الاجتماعي للبراءة -من وجهة نظرنا-هو حالة الشخص المشهور بالورع والتقوى، وعرف بين الناس بالصلاح وبمسلكه الطيب، والبعد عن مواطن النفور والشبهات، ولا يتصور ان تقع منه اعمال، او تصرفات تتنافى مع القيم والأخلاق السائدة في المجتمع. فهذا الصنف- إذا رمي بتهمة فإنه في نظر المجتمع إنسان بريء.

وعلى العكس من ذلك، قد ينظر المجتمع للشخص المشهور بسلوكه المتنافي مع قيم المجتمع، فيما إذا وضع موضع الاتهام، على أنه مدان، حتى ولو كان الشخص بريئاً قانوناً. وقد ينزعج بعض الناس عند صدور حكم ببراءة مثل هذا الصنف، وتظهر السلطة والمحكمة في نظرهم وكأنها تحابي المجرمين أكثر من اللزوم.

ولا ريب ان المدلول الاجتماعي للبراءة لا يمكن الاستناد إليه في نطاق القانون الجنائي الوضعي، فهو مدلول غامض، ويصعب وضع ضوابط حاكمة له في القانون، وبالتالي يبقى المدلول القانوني هو المعيار الذي يتم التعويل عليه[1].

الفرع الثاني

مبررات أصل البراءة

لا شك ان هناك جملة من المبررات المنطقية والنفسية، التي تقتضي معاملة المتهم على انه بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات. وتتمثل فيما يلي :

أولاً: أنه من المسلمات :

يرى بعض رجال الفقه[2]، ان معاملة المتهم على أنه بريء من المسلمات، ولا يحتاج حتى إلى النص عليه. ويؤيد هذا الفقه وجهة نظره بقوله:" إذا كان قانون الإثبات في المواد المدنية ينص على ان " على الدائن إثبات الالتزام "، فمن باب اولى يكون على سلطة الاتهام إثبات وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم ، ذلك انه مع تشعب المعاملات في الوقت الراهن، فإنه قلما تخلو ذمة شخص من التزامات مدنية، او تجارية. أما

(١) الدكتور السيد محمد حسن شريف ، " المرجع السابق ، ص٤٤.
(٢) الدكتور محمود محمود مصطفى ، " الإثبات في المواد الجنائية " ، مرجع سابق ، ص٥٥ . الدكتور احمد ضياء الدين محمد خليل، "مشروعية الدليل في المواد الجنائية "، مرجع سابق، ص ١٧٦.

الجريمة، فأمر شاذ، ووقوعها من شخص حدث خارج عن المألوف. وإذا كان الشطر الثاني من النص مفاده: " وعلى المدين إثبات التخلص منه"، اي من الالتزام، فإن هذا الإثبات متيسر في المسائل المدنية،إذ على المدين عندما يوفى بالتزامه ،ان يحتاط فيطلب من الدائن سنداً بالتخالص. اما في المسائل الجنائية، فإنه من الصعب، بل يكاد يكون مستحيلاً- وفقا للقواعد المنطقية - ان يُطلب من المتهم إثبات أنه لم يرتكب الجريمة. ولذلك، فقد قيل بأن أصل البراءة في المتهم، يتفق مع طبائع الأمور[1].

ثانياً: الإنسان وحماية حريته:

الإنسان هو ذلك الكائن الذي خلقه الله- سبحانه وتعالى- وكرمه على جميع مخلوقاته وجعله خليفته في ارضه لقوله -تعالى-: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً﴾[2].

ولاشك ان الإنسان، هو أصل الحقوق والحريات، وأن هذه الحقوق إنما اضيفت للإنسان، لكونه المخلوق الوحيد الذي نال التكريم والتفضيل، بدليل قصة خلق آدم عليه السلام و إسجاد الملائكة كلهم اجمعين لهذا المخلوق الذي جعله الله تعالى خليفته في الأرض، بعد ان نفخ فيه من روحه، وبهذا النفخ تأهل الإنسان ليكون عالماً، مريداً متكلماً، سميعاً، بصيراً مدبراً، حكيماً. وهذه صفات ربانية منح الله الإنسان قبساً منها ليتميز بذلك عن كافة المخلوقات[3].

وإذا كان للبشر اخطاء لا يليق أن يتورطوا فيها، وأن لهم مسلكاً ما كان ينبغي ان يسلكوا فيه، إلا ان كرامة الإنسان في جملتها، لا تسقط بهذه الأخطاء وبتلك

---

(1) انظر : الدكتور احمد ضياء الدين محمد خليل: " مشروعية الدليل في المواد الجنائية.."، مرجع سابق، ١٩٨٢. ص ١٧٦. الدكتور محمد محي الدين عوض : " حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية" ،١٩٨٩، ص٥٩. الدكتور ممدوح إبراهيم السبكي: " حدود سلطات مامور الضبط القضائي في التحقيق" ، دار النهضة العربية، ، ١٩٩٨، ص ٤٤٦.

(2) سورة الإسراء:الآية٧٠.

(3)قال المفسرون إن الله خلق كل ذي روح مكبا على وجهه، إلا الإنسان، خلقه مديد القامة. وقال ابن العربي ليس لله تعالى خلق أحسن من الإنسان، فإن الله خلقه حيا عالما قادرا مريدا متكلما سميعا بصيرا مدبرا حكيما وهذه صفات الرب سبحانه وعليها حمل بعض العلماء قوله صلى الله عليه واله وسلم إن الله خلق آدم على صورته يعني على صفاته التي تقدم ذكرها . انظر في ذلك، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير : محمد بن علي الشوكاني، مرجع سابق، جـ ٥، ص٤٦٥.

المسالك[1].

وفي بدء الخليقة عندما تساءل الملائكة: أيستحق الإنسان كرامة الوجود والتفضيل، مع ما سوف يشوب تاريخه الطويل من آثام وشرور ؟

فكان الجواب الإلهي، انه جدير بالحياة والتكريم، وأن انحراف بعض الأفراد لا يسلبهم ذلك آدميتهم وكرامتهم.قال تعالى : ﴿ وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَنْ يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴾[2].

ولما كان الخالق -عز وجل- قد حفظ للإنسان كرامته دون تمييز في العقيدة أو اللون، أو الأمم، أو المكان، أو الزمان، كون الخطاب موجهاً لبني آدم بإطلاقه، فإنه من الضروري، أن تحفظ له كرامته، وأن تصان حقوقه، وأن تفرض العقوبات على كل من يعتدي عليها.

وإذا أخطأ الإنسان وتعدى على حريات الآخرين وحقوقهم، جاز المساس بحريته ومعاقبته بقدر الضرر الذي الحقه في الجماعة، دون بغي أو عدوان، ودون الحط من كرامته، أو الإخلال بالحقوق والضمانات المكفولة له، ذلك أن الحرية الشخصية ليست حرية مطلقة تستعصي على القيود والحدود، فإذا اقتضت مصلحة الجماعة تقييدها كان لها ذلك، عن طريق أجهزة الدولة المختصة، شريطة أن تتم في إطار من الشرعية الجنائية المتمثلة بشرعية التجريم والعقاب، أو الشرعية الإجرائية التي ترتكز على أن المتهم برئ حتى تثبت إدانته[3].

ونخلص مما سبق إلى أن الإنسانية تستوجب حماية حرية الإنسان، وهي مبرر منطقي لمعاملته على انه بريء حتى تثبت إدانته.

---

(1) محمد الغزالي: " حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام وإعلان الأمم المتحدة " ، مرجع سابق ، ص١٢ .
(2) سورة البقرة:الاية٣٠.
(3) انظر: أستاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري، ط٤ ، ص ٢٠٠٦، مرجع سابق ، ص ٢٨٤. الدكتور احمد إدريس أحمد: " افتراض براءة المتهم "، مرجع سابق، ص٢٠٩.

ثالثاً : الجريمة حدث عارض :

ذهب العديد من الفقهاء[1] إلى ان الجريمة حدث عارض، ذلك ان الأصل في الأشياء الإباحة، وأن الأصل أن كل إنسان يتصرف وفقا للوضع الطبيعي، حسب ما أودع الله تعالى النفوس من الخير، فالأصل أن صفات الخير هي الأكثر تأصلاً وعمقاً في كيان الإنسان، ولا ننكر أن النفس البشرية قابلة للفساد والميل للبغي والطغيان[2] ، ولكن ذلك لا يمثل الأصل العام. وبناء على ذلك، إذا ارتكب آحاد الناس جريمة من الجرائم فذلك امر وارد ، بيد أنه لا يمثل سوى حالة خارجة عن المألوف، وحدث عارض في حياة أي فرد، ذلك انه إذا كان طبيعياً أن يجرم أحد افرد المجتمع، فمن غير الطبيعي. أن يجرم كل فرد فيه[3] .

فما دمنا نسلم بأن الشرفاء في المجتمع هم الأغلبية، وأن الجريمة في المجتمع هي عمل شاذ؛ كان لزاماً أن نسلم بأن الأصل في المتهم البراءة[4] .

رابعاً : تلافي الآثار النفسية التي يسببها قرار الاتهام :

ذهب العديد من رجال الفقه[5] إلى أن مجرد توجيه اتهام لشخص بارتكاب جريمة ما، فإن ذلك كفيل، بأن يولد لديه حالة نفسية يصعب تلافيها، خصوصا إذا كان الشخص لم يرتكب الفعل مناط الاتهام، واقترن ذلك بحبسه. كما يولد الاتهام آثاراً اجتماعية وخيمة، أشدها أن الشخص المتهم يصبح في نظر العديد من الناس مجرما حقيقياً؛ لما استقر في أذهانهم، أنه " لا يوجد دخان من غير نار ".وكذلك يواجه المتهم ردود أفعال متعددة في غير مصلحته من أخطرها فتور العلاقات

---

(1) الدكتور عبد الرءوف مهدي، حدود حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته، مؤسسة العين للطباعة، ١٩٨٣، ص ٢٢. الدكتور السيد محمد حسن شريف: " النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ٤٧٤. وانظر :

Mohamed.J.Essaid : la présomption d'innocence op. cit. p89.

(2) الدكتور أحمد الريسوني: " إنسانية الإنسان قبل حقوق الإنسان " مرجع سابق، ص٥٧.

(3) الدكتور عبد الرءوف مهدي: " حدود حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته "، مرجع سابق، ص٢٢.

(4)انظر أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري"،ط٣، ٢٠٠٤، ص٢٨٦. الدكتور محمد زكي أبو عامر: " الإثبات في المواد الجنائية "، الفنية للطباعة والنشر، أستاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري"، ط٣، ٢٠٠٤، ص٤٢.

(5) الدكتور هلالي عبد اللاه أحمد، " الاتهام المتسرع في مرحلة التحقيق الابتدائي وعدالة اوفى لمن وضع موضع الاتهام " ، دار النهضة العربية ، ط٢٠٠٢ ، ص٥ .

الاجتماعية بينه وبين الآخرين، والتي يمكن ان تصل إلى حد قطع وشائج القربى وصلات الرحم. .

و في هذا الصدد أجريت دراسة من قبل لجنة التنقيب التابعة لإدارة العدالة في المواد الجنائية والعقابية في مقاطعة كيبك "Québec" بكندا، حيث أكدت الإحصائيات أن ٥٧٪ من الأمريكيين، و٦٩٪ من الكنديين الناطقين باللغة الفرنسية و٦٠٪ من الكنديين الناطقين بالإنجليزية، اجابوا بالإيجاب عندما سئلوا عما إذا كانوا يشعرون بالضيق لوجود علاقات مع صديق حميم، ولكنه حبس. وقد ازدادت هذه النسبة فأصبحت ٧٥٪ ، و ٨٤٪ ، و٧٨٪ عندما سئلوا عما إذا كانوا يشعرون بالضيق لوجود علاقات مع ابنائهم، وصديق مفضل سبق حبسه[1].

وهذا يعطي مؤشراً أن المتهم يلقى ردود فعل تحمل الريبة والاستهجان في بيئته الاجتماعية، وليس من شك، أن هذه النظرة تلقي بظلالها على سلوك المتهم.

وقد تساءل هذا الفقه[2]، حول ما إذا كان الاتهام سبباً من أسباب الإجرام او عاملاً من العوامل المؤدية إليه؟، فأجاب عن هذا التساؤل بقوله: إن هناك نظرية تسمى نظرية الوصمة La Théorie de L'étiquette ، ومقتضاها أن الشخص الذي يواجه الاتهام سينظر إليه المجتمع بوصفه منحرفاً، أو جانحاً، وستتم معاملته على هذا الأساس،الأمر الذي يجعل المتهم يغير من سلوكه، حتى تتفق شخصيته مع القالب الاجتماعي الذي وضعه فيه المجتمع ورسم حدوده.

لذلك كان لابد أن يعامل المتهم على أنه بريء، وأن ينظر له المجتمع على هذا الأساس،حتى لا يؤدي ذلك إلى جعل المتهم يغير من سلوكه نحو الجماعة، جراء النظرة إلى أنه مدان قبل أن يقول القضاء كلمته في ذلك[3].

---

(1) commission d'enquête sur l'administration de la justice en matière criminelle et pénal au Québec. La Société face au crime, annexes 6 ,la justice criminelle. les Québécois s'interroger criminalité et les mesures correctionnelles,Question No.25,p.47 .

اشار إلى ذلك :الدكتور هلالي عبد اللاه أحمد :" الاتهام المتسرع في مرحلة التحقيق الابتدائي وعدالة اوفى لمن وضع موضع الاتهام"، مرجع سابق ، ص٥ .

(2) الدكتور هلالي عبد اللاه احمد : " المرجع السابق نفسه ، ص٧ و الهامش رقم واحد .

(3) الدكتور هلالي عبد اللاه احمد: " المرجع السابق نفسه، ص٧.

خامساً : الوقاية من احتمالات الخطأ القضائي :-

لاشك أن أي عمل من الأعمال التي يقوم به البشر، تحتمل الصواب، كما تحتمل الخطأ، وهذا الخطأ قد يكون مغتفراً، أو بالإمكان احتماله وذلك إذا وقع من الأفراد على بعضهم، لكن الخطأ الصادر من جهة القضاء، أمر غير مقبول، وتنفر منه النفوس، ويهدد الشعور العام بالعدل، لذلك، فإن من أوليات فن القضاء التي يؤمن بها القاضي أن تبرئة مذنبين عديدين لقيام الشك اليسير في ثبوت التهمة عليهم، افضل من إدانة بريء واحد ظلماً، بسبب شطط في التقدير، أو تسرع في التقرير بثبوت الإدانة[1].

ولذلك قال بعض الفقه - وبحق- في معرض بيانه للخطأ الذي يمكن أن يقع من القاضي عند حكمه بإدانة بريء : أن تبرئة مذنب لعدم ثبوت ذنبه وإن كان سيفلت من سطوة القانون الوضعي، إلا أنه لن يفلت من عدالة السماء، التي ستقتص منه مهما طال الأمد، فكما تدين تدان. ولكن إدانة إنسان بحكم خاطئ - رغم براءته- فيها من الضرر الذي لا يمكن تداركه، وإصلاحه، فهي- أي الإدانة- من ناحية تؤدي إلى الإساءة بقدسية العدالة، كما تؤدي إلى إفلات الجاني الحقيقي من سطوة القانون الوضعي وفي ذات الوقت هناك شخص آخر، يدفع ثمن جريمة ارتكبها غيره[2].

ولا يتأتى جبر هذا الضرر حتى لو عُوِّض الشخص عما لحقه من أضرار مادية ومعنوية، لأن الضرر الذي يصيبه جراء الاتهام والإدانة الخاطئة، تصيب الإنسان في حريته الشخصية، وفي كرامته الإنسانية، وسمعته الأدبية، وكلها أضرار معنوية لا يمكن جبرها[3].

و هناك حالات لا يمكن تعويضها بحال من الأحوال، بل يصبح التعويض مستحيلاً، وذلك في حال الحكم بعقوبة الإعدام ونفاذ هذا الحكم.

وقد أثبتت الشواهد القضائية، أن العديد ممن وضعوا موضع الاتهام، واتخذت

---

(1) راجع : الدكتور رءوف عبيد :" المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية الجزء الأول ، دار الفكر العربي ، ١٩٦٣، ص. ط.

(2) الدكتور رءوف عبيد : " المرجع السابق نفسه ص. ط .

(3) الدكتور محمود محمود مصطفى: "الإثبات في المواد الجنائية "، مرجع سابق، ص٥٦.

قبلهم إجراءات ماسة بالحرية قد انتهى بهم المطاف إلى تبرئتهم، وهناك من ظهرت براءتهم بعد أن صدر في حقهم أحكاماً بالإدانة.[1] ولذلك أجاز القانون، إعادة النظر في الحكم الصادر بالإدانة، وفي المقابل لم يجز إعادة النظر في الحكم البات بالبراءة، إذا ظهرت بعده أدلة تدين المحكوم له بالبراءة، ذلك أن المجتمع- كما قلنا سابقا - يهمه تدارك الخطأ القضائي إذا نتج عنه إدانة إنسان بريء، ولا يهتم كثيراً بالخطأ الذي يسفر عن براءة إنسان مذنب[2].

ولهذا السبب نصت التشريعات على وجوب معاملة المتهم على أنه بريء حتى تثبت إدانته، وفرضت على القضاة حال سعيهم للوصول إلى الحقيقة أن يضعوا نصب أعينهم هذا المبدأ، فإذا ساورهم أدنى شك في صحة أدلة الإدانة، أو تبين لهم عدم مشروعيتها أن يلتفتوا عنها، وتتأيد لديهم أصل البراءة،عملاً بالأحوط[3].

سادساً : ضعف موقف المتهم أمام سلطة الاتهام والحكم :

ذهب العديد من الفقهاء[4] في تبريرهم لأصل البراءة، إلى أن المتهم هو الطرف الضعيف في الرابطة الإجرائية، مقارنة بالطرف الآخر المتمثل بالنيابة العامة، التي تملك من السلطات والإمكانيات ما يمكنها من جمع الأدلة وتقديمها.ومن ثم، فإن المتهم يواجه خصماً قوياً، من أجل ذلك، وحفاظاً على التوازن بين طرفي الرابطة يقتضي معاملة المتهم على أنه بريء، ومنحه حقوقه التي رسمها القانون له، ومنها حقه في الدفاع عن نفسه، ذلك، أن افتراض الجرم في حق المتهم، من شأنه ألا يُسمح له بممارسة فعالة لحقه في الدفاع.

كما أن افتراض الإدانة في المتهم، من شأنه أن يصعب موقفه أمام سلطة الاتهام

---

(1) الدكتور حسن محمد ربيع : " حماية حقوق الإنسان والوسائل المستحدثة للتحقيق الابتدائي، رسالة دكتوراه حقوق الإسكندرية . ١٩٨٥ ، ص٤٩٧ .

(2) انظر، الدكتور محمود محمود مصطفى: "الإثبات في المواد الجنائية "، مرجع سابق، ص٥٦.

(3) انظر، الدكتور عمر الفاروق الحسيني : " مدى تعبير الحكم بالإدانة غير الصادر بالإجماع عن الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي " ، مرجع سابق ، ص٥٠ .

(4) الدكتور محمود محمود مصطفى: " الإثبات في المواد الجنائية "، مرجع سابق، ص٥٦. الدكتور حسن محمد ربيع: " حماية حقوق الإنسان والوسائل المستحدثة للتحقيق الابتدائي، مرجع سابق، ص٤٩٧. الدكتور السيد محمد حسن شريف:" النظرية العامة للإثبات الجنائي "، مرجع سابق، ص٤٧٨. الدكتور علاء محمد الصاوي سلام : " حق المتهم في محاكمة عادلة" ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١، ص٤٩٨.

حيث يكون مطالباً بإثبات عدم ارتكابه الجريمة المنسوبة إليه[1]. وفي ذلك مشقة بالغة، نظراً لقصور وسائله المادية، أو الفنية، وصعوبة حصوله على الدليل، وحينئذ يكون الحكم بإدانته عن جريمة لم يرتكبها، وإفلات المجرم الحقيقي من العقاب، قد شكل ضرراً مزدوجاً بمصلحة المجتمع[2].

وهكذا يظهر مما تقدم، أن معاملة المتهم على أنه بريء له مبررات منطقية ونفسية، وأخلاقية لا يهدف حماية المذنبين وإنما لتجنيب الإنسان مخاطر التجريم والعقاب فالعقوبة إذا أصابت بريء أكثر وأشد خطراً على الفرد وعلى المجتمع من إفلات مجرم من العقاب.

وقد عبرت المحكمة الدستورية العليا في مصر، عن حقيقة ذلك بقولها: "... وأصل البراءة يعد قاعدة أساسية أقرتها الشرائع جميعها لا لتكفل بموجبها حماية المذنبين. وإنما لتدرأ بمقتضاها العقوبة عن الفرد إذا كانت التهمة الموجهة إليه قد أحاطتها الشبهات بما يحول دون التيقن من مقارفة المتهم لها. ... ويؤسس " هذا الأصل" على الفطرة التي جبل الإنسان عليها فقد ولد حراً مبرءاً من الخطيئة أو المعصية. ويفترض على امتداد مراحل حياته أن أصل البراءة لا زال كامناً فيه مصاحبا له فيما يأتيه من أفعال إلى أن تنقض محكمة الموضوع بقضاء جازم لا رجعة فيه هذا الافتراض... وأصل البراءة يعكس قاعدة مبدئية تعتبر في ذاتها مستعصية على الجدل واضحة وضوح الحقيقة ذاتها تقتضيها الشرعية الإجرائية، ويعتبر إنفاذها مفترضا أولياً لإدارة العدالة الجنائية.."[3].

---

(1) أستاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري"، مرجع سابق، ص٢٨٦. الدكتور محمود محمود مصطفى: " الإثبات في المواد الجنائية "، مرجع سابق، ص ٥٥.

(2) الدكتور السيد محمد حسن شريف: " النظرية العامة للإثبات الجنائي "، مرجع سابق، ص٤٧٨ .

(3) جلسة ٢فبراير ١٩٩٢ في القضية رقم ١٣ لسنة ١٢ قضائية " دستورية"، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية الجزء الخامس المجلد الأول جلسة ٣ يوليه ١٩٩٥ في القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية " دستورية"، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء السابع، ص ٩٠. جلسة ٢ ديسمبر ١٩٩٥، في القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية " دستورية "، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء السابع، ص ٢٨٧.

المطلب الثاني

أصل البراءة أم قرينة البراءة

تقسيم:

سوف نتطرق في هذا المطلب لمختلف الآراء التي قيلت بشأن مبدأ البراءة، وما إذا كان قرينة قانونية بسيطة ام هو أصل ام انه مثال للحيلة القانونية.

وقبلها نبدأ بتعريف القرينة وبيان أنواعها بشكل موجز، وذلك في فرع اول. ثم نناقش في الفرع الثاني: الرأي القائل بأن البراءة هي قرينة قانونية بسيطة. وفي الفرع الثالث: نناقش رأي القائلين: بأن المبدأ من الحيل القانونية، والرد على هذا الرأي. ثم في الفرع الرابع نتناول الرأي القائل بأن البراءة هي الأصل والرد على القائلين بأنها قرينة.

الفرع الأول

تعريف القرائن وبيان أنواعها

القرائن، ومفردها قرينة، وتعني في اللغة: " المصاحبة أو الملازم " ، وسميت امرأة الرجل قرينته، لمقارنتها إياه[1]. وكل شيء ضممته إلى شيء سمي قريناً، ومؤنثه قرينة[2].

ومعناها في الاصطلاح: " استنباط لأمر مجهول من أمر معلوم[3]"، بمعنى أن القرينة لها جانبان: أولهما معلوم، والآخر مجهول، فإذا ما ثبت الجانب المعلوم وعرف كنهه، أمكن الوصول إلى الجانب المجهول وإثباته. وذلك بإعمال العقل والمنطق للربط بينهما، واستنباط المجهول من المعلوم[4].

---

(1) لسان العرب: لابن منظور محمد بن مكرم بن علي الأنصاري المتوفى سنة ٣٩٣هـ إعداد وتصنيف يوسف خياط ونديم مرعشلي، بدون سنة نشر ، دار لسان العرب بيروت ، جـ١٣ ص٣٣٩ .

(2) مختار الصحاح، لزين الدين الرازي، باب قرن، جـ١، ص٢٢٢.

(3) راجع في ذلك : الدكتور المرحوم عبد الرزاق السنهوري : " الوسيط في شرح القانون المدني " ط٢،فقرة ٣٢٨ ، ص١٧٣ .

(4) راجع في ذلك : الدكتور محمود عبد العزيز خليفة : " النظرية العامة للقرائن في الإثبات الجنائي في التشريع المصري والمقارن " ، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ، ١٩٨٧ . ص١٢٤ . الدكتور عبد الحافظ عبد الهادي عابد : "الإثبات الجنائي بالقرائن ، دار النهضة العربية ،١٩٩١ ، ص ١١٤ وما بعدها . الدكتور محمد علي محمد عطا الله : " الإثبات بالقرائن في القانون الإداري والشريعة الإسلامية " ، رسالة دكتوراه جامعة اسيوط ،٢٠٠١ ، ص ٨٩ وما بعدها. الدكتور عبد الحميد الشواربي: " القرائن القانونية والقضائية في المواد المدنية والجنائية والأحوال الشخصية " ، منشأة المعارف، ٢٠٠٢ ، ص١٧ وما بعدها.

وقد عرفها البعض[1]: بأنها صلة ضرورية بين واقعتين يكون ثبوت الأولى فيها، دليلا على ثبوت الثانية.

كما عرفها البعض[2]، بأنها، كل إمارة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً، فتدل عليه.

والقرائن نوعان: قرائن ينشئها القانون، فتسمى حينئذ بالقرائن القانونية. وأخرى يقيمها القضاء، وتسمى حينئذ بالقرائن القضائية .

أولا :القرائن القانونية : وتنقسم حسب الرأي الغالب[3] - إلى نوعين :

النوع الأول: قرائن قانونية قاطعة او مطلقة: وهي قرائن لا تقبل إثبات العكس، كافتراض العلم بالقانون بمجرد نشره في الجريدة الرسمية، وقرينة انعدام التمييز في المجنون والصغير غير المميز. ومن أمثلتها في قانون الإثبات اليمني، حجية الحكم والنكول عن اليمين ، ومن امثلته في التشريع الإسلامي، قيام الزوجية قرينة على ثبوت النسب، لقوله ﷺ: " الولد للفراش وللعاهر الحجر"[4].فابن المرأة المتزوجة، هو ابن زوجها ، والزوجية قرينة قانونية على بنوة الابن لأبيه ، لتعذر إثبات البنوة من الأب[5] .

وهذه القرائن محددة في القانون على سبيل الحصر، على نحو يقيد القاضي فيكون ملزماً بإعمال حكم القرينة القانونية، بمجرد إثبات الواقعة الأساسية، ولا مجال لدحض هذه القرينة إلا بالإقرار واليمين ، ما دام المشرع قد شاء أن يبقيها في إطار قواعد الإثبات[6] .

والنوع الثاني من القرائن القانونية هي قرائن قانونية بسيطة: وهي قرائن

---

(1) الدكتور محمد زكي ابو عامر: "الإثبات في المواد الجنائية "، مرجع سابق، ص١٨١

(2) الدكتور عدنان خالد التركماني :- المعايير الشرعية والنفسية في التحقيق الجنائي الجزء الثاني، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب (سابقاً) -الرياض،١٤١٤ هـ الموافق ١٩٩٣م ، ص٢٤٥.

(3) هناك من قسم القرائن القانونية إلى ثلاثة أقسام : قرائن بسيطة وهي تقبل إثبات العكس بجميع الطرق ، وقرائن وسط تقبل إثبات العكس بطرق محددة يعينها القانون بالنسبة لكل قرينة على حدة ، والى قرائن قاطعة لا تقبل إثبات العكس بأي دليل . راجع في ذلك : الدكتور محمود عبد العزيز خليفة ، النظرية العامة للقرائن ، مرجع سابق ، ص٣٢٢.

(4) صحيح البخاري: للإمام ابي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المتوفى سنة ٢٥٦هـ دار ابن كثير بيروت، ١٤٠٧- ١٩٨٧ م،ط٣ ج٦،ص ٢٤٨١.

(5) راجع: الدكتور عبد الحميد الشواربي،"القرائن القانونية والقضائية.."المرجع السابق،ص٦٧ وما بعدها.

(6) انظر تفصيلاً: الدكتور عبد الحميد الشواربي،" المرجع السابق"، ص ٧٠.

تقبل إثبات العكس[1]، وهي لا تقطع بثبوت الواقعة المراد إثباتها، وإنما ترشح لثبوتها. فهي تقوم على فكرة الغالب الراجح وقوعه، او الاحتمال القوي. ولا تعتبر دليلا قاطعا يغني عن المطالبة بإقامة البينة القانونية على ما يدعيه، وإنما يجوز للمحكمة ان تستانس وتستكمل الدليل على اساسها. ومن امثلتها في القانون المصري، ما تنص عليه المادة ٢٧٦ من قانون العقوبات المصري من ان وجود أجنبي في البيت المخصص للحريم قرينة على ارتكاب الشريك جريمة الزنا،فهي قرينة قانونية غير قاطعة على ارتكابه لجريمة الزنا، وعليه دحض هذه القرينة بما يفيد براءته من تلك الجريمة.

ومن ذلك في التشريع الإسلامي: أن النبي ﷺ امر الزبير أن يقرر عم حي بن اخطب ليخرج المال الذي غيبه وادعى نفاده. فقال له: "العهد قريب والمال كثير"[2].

ثانيا : القرائن القضائية :

أما القرائن التي ينشئها القاضي، والتي تسمى قرائن قضائية، أو قرائن إقناعية أو "قرائن واقع"، وهي ما يترك تقديرها للقاضي، يستنتج منها ما يطابق عقله ويرتاح إليه ضميره، من خلال الوقائع التي تثبت أمامه. وهي بذلك لا تدخل تحت دائرة الحصر، ومن امثلة ذلك وجود عدة أشخاص مع من يحمل المسروقات، سائرين معه في الطريق، ودخولهم معه في منزل، واختفائهم فيه، قرينة على اشتراكهم في السرقة[3]، ومثالها في الشريعة الإسلامية، وجود المال المسروق مع المتهم، قرينة على السرقة، ومنها ايضا، وجود قتيل يتشحط في دمه، وآخر قائم عند رأسه بالسكين، قرينه على انه قتله، ولاسيما إذا عرف بعداوته له[4].

([1])قسم decottignies القرائن القانونية البسيطة إلى نوعين:
النوع الأول قرائن مبنية على افتراض اولى يضعه المشرع ليصل منه إلى تطبيق قاعدة قانونية من قبيل التيسير من إعمال هذه القاعدة ومثال ذلك :افتراض البراءة في المتهم ....
والنوع الثاني : قرائن مستقلة عن تطبيق قاعدة قانونية، وتقوم على فكرة الراجح الغالب الوقوع. وهي التي يرتفع بها المشرع من مرتبة القرينة القضائية إلى منزلة القرينة القانونية، حتى يلزم بها القاضي والخصوم. فتكون بذلك في منأى عن الجدل والنزاع.
Nancy Decottignies: " Les présomptions en droit prive ", thèse, lille, 1949.
اشار إليه: الدكتور محمود عبد العزيز خليفة المرجع السابق، ص ٣٢٢ وما بعدها.

([2])الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١هـ، مطبعة المدني، سنة ١٣٩٧هـ -١٩٧٧، ص٩.

([3]) نقض ١٩مارس ١٩٤٥، مجموعة القواعد القانونية س٦، ق ٥٢٧، ص٦٦٥.

([4]) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لابن القيم الجوزية مرجع سابق ص ٩.

ويتبين لنا مما سبق، أن القرائن القانونية، إما أن تكون قرائن قاطعة، وهذا النوع يعتبر قواعد قانونية موضوعية، تلزم القاضي بأعمال حكمها، ولو خالف الواقع فعدم بلوغ الطفل سن السابعة - في القانون المصري مثلاً - يعد قرينة قاطعة على انعدام التمييز لديه ، وبالتالي لا يجوز للقاضي، أن يعتبر فعله جريمة، ولو ثبت له أن الصغير يتمتع بالتمييز في الحقيقة والواقع . وهذه القرائن قد وردت على سبيل الحصر ولا يجوز للقاضي أن يضيف إليها[1] ، ويرجع ذلك إلى أن الأصل أن تكون القرائن القانونية غير قاطعة، حتى يسهل إثبات عكسها، والاستثناء ، أن تكون قرائن قاطعة ، والاستثناء لا يتوسع فيه، ولا يقاس عليه.

وغني عن البيان، أن القرائن القاطعة تكون في صالح المتهم غالباً، وإلا فإن ذلك معناه إنشاء قرائن قانونية قاطعة، يستحيل على المتهم دحضها بالدليل العكسي ، وفي ذلك انتهاك صارخ لأصل البراءة[2] .

وأما ما يخص القرائن القضائية، فهي مجرد دلائل، ولا ترقى لمستوى الدليل ويجوز للمحكمة، أن تستخلصها، أو لا تستخلصها، وفقا لتقديرها، اما هي وحدها غير كافية لتقرير الإدانة.

وإذا استبعدنا القرائن القانونية القاطعة، وكذلك القرائن القضائية لخروجهما عن الإطار الذي نتحدث عنه في هذا البحث، فإن هناك نوعاً واحداً من القرائن بالمعنى الدقيق للقرينة، وهي القرائن القانونية البسيطة، التي تقبل إثبات العكس. وهذه القرينة وحدها، هي التي جعلت رجال الفقه يضعون مبدأ البراءة تحت هذا النوع من القرائن. وأطلقوا عليه " قرينة البراءة ".

وبعد هذا العرض هل يمكن أن يكون مبدأ البراءة من القرائن القانونية البسيطة.

والإجابة عن هذا التساؤل، من خلال الفرع التالي:

---

(1) الدكتور محمود محمود مصطفى، " شرح قانون الإجراءات الجنائية "، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ،ط ١٢ ،١٩٨٨ ، بند ٣٤٣،ص٤٧٦.

(2) الدكتور أحمد إدريس أحمد، " افتراض براءة المتهم "، مرجع سابق، ص٧٠.

الفرع الثاني

الرأي القائل بأن البراءة هي قرينة قانونية بسيطة

ذهب العديد من رجال الفقه الجنائي[1] إلى وصف مبدأ البراءة، بأنه قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس.

ومبررهم في ذلك، قائم على أساس، أن القرينة هي استنتاج مجهول من معلوم والمعلوم هو ان الأصل في الأشياء الإباحة، ما لم يتقرر بحكم قضائي وبناء على نص قانوني وقوع الجريمة، واستحقاق العقاب، والمجهول المستنتج من هذا الأصل هو براءة الإنسان حتى تثبت إدانته بحكم قضائي.

ومصدر هذه القرينة هو القانون- حسب ما ذهب إليه هذا الفقه-، وهي من القرائن القانونية البسيطة التي تقبل إثبات العكس. غير ان هذا الفقه يرى أن " قرينة البراءة " وإن كانت من القرائن البسيطة، إلا أنه لا يمكن دحضها عن طريق أدلة الإثبات الواقعية المقدمة من النيابة العامة، أو بواسطة الإجراءات التي يباشرها القاضي الجنائي بحكم دوره الايجابي في إثبات الحقيقة، بل إنها -أي قرينة البراءة- تظل قائمة رغم الأدلة المتوفرة، والمقدمة من أجل دحضها، حتى يصدر حكم قضائي بات يفيد إدانة المتهم.

فالقانون يعتبر الحكم القضائي البات عنوان الحقيقة، التي لا تقبل المجادلة. وبهذا الحكم القضائي البات تتوافر قرينة قانونية قاطعة على هذه الحقيقة، هي وحدها التي تصلح لإهدار "قرينة البراءة "، متى كان الحكم القضائي البات صادر بالإدانة. ولا يكفي لدحضها مجرد قرائن الإثبات الأخرى، سواء كانت من القرائن القانونية

---

(1) انظر في ذلك: استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: "الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية" ط ١٩٩٦ ،ص١٨٦. وان كان سيادته يعبر في مؤلفاته الهامة والحديثة عن هذا المبدأ بأنه أصل البراءة. انظر في ذلك: "القانون الجنائي الدستوري"، مرجع سابق، ص٢٧٩ وما بعدها. انظر كذلك: الدكتور محمد زكي ابو عامر: "الإثبات في المواد الجنائية "، الفنية للطباعة والنشر، بدون تاريخ، ص٤٢. الدكتور عمر الفاروق الحسيني: "مدى تعبير الحكم الصادر بالإدانة غير الصادر بالإجماع عن الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي"، ويرى ان افتراض البراءة ليس قرينة بالمعنى الفني وإنما هو افتراض قانوني، ويستعمل عبارة قرينة البراءة باعتبارها التسمية الشائعة. الدكتور محمد محمد مصباح القاضي: "حق الإنسان في محاكمة عادلة"، دار النهضة العربية،١٩٩٦، ص٤٧. الدكتور السيد محمد حسن شريف: " النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص٤٦٢. الدكتور احمد حامد البدري: "الضمانات الدستورية للمتهم في مرحلة المحاكمة، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا ٢٠٠٢، دار النهضة العربية ، ص١٤٢.

-البسيطة أو القاطعة-أو من القرائن القضائية ، لهذا اتجه غالبية فقهاء القانون الجنائي إلى القول بأن البراءة، قرينة قانونية بسيطة.

الفرع الثالث

الرأي القائل بأن مبدأ البراءة من الحيل القانونية

اتجه بعض الفقه[1] إلى القول بأن البراءة ما هي إلا حيلة قانونية " fiction légale " في صدر الإجراءات الجنائية، وخاصة عند التلبس بالجريمة.

ويقول هؤلاء: إنه من الناحية الواقعية، يبدو واضحاً أن القانون قد وضع قناع البراءة على المتهم، بغض النظر عن الوقائع المنسوبة إليه وأدلتها، بقصد ترتيب نتائج قانونية معينة. وتبدو هذه النتائج في الحرية الشخصية، التي يجب أن يتمتع بها المتهم خلال الخصومة الجنائية، والتي يترجمها القانون إلى ضمانات لتوفير محاكمة منصفة. كما أنه يؤثر في قواعد الإثبات، فيخضع المتهم للمعاملة التي تتفق على افتراض براءته.على أن القانون لا يثبت عند منطق الحيلة القانونية، فيضع ثغرة حتى تتخلل هذا المنطق، حين تتطلب ضرورة التحقيق تقييد حرية المتهم في حدود معينة، قبل الحكم بإدانته[2].

ولكن هذا الرأي منتقد، وقد رد عليه جانب من رجال الفقه[3]-وبحق- بأن أصل البراءة حق من حقوق الإنسان، ويؤسس على الفطرة التي جبل الإنسان عليها، وليس أمراً مصطنعاً، بل هو ضمان لا غنى عنه في الدول التي تحترم حقوق الإنسان. كما رد

---

(1) انظر في عرض هذا الرأي :

Renée. KOERING-JOULIN, Antoine BUCHET, Jean-Louis COSTE, (et al.): " La Présomption d'innocence en droit comparé :colloque organisé par le Centre français de droit comparé à la Cour de Cassation", Paris, le 16 janvier 1998. Paris : Société de législation comparée, 1998. , Gaz. Pal, 16-17 décembre 1998.p.24.

J. Le Calvez,: "L'inculpation et la présomption d'innocence " , Gaz. Pal. 31 oct. 1987, p.2 et 3.

وراجع بشان هذا الرأي والرد عليه: أستاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري"، ط٣، ٢٠٠٤، المرجع السابق، ص٢٨٤و ٢٨٥و ٢٨٩.

(2)Renée KOERING-JOULIN, Antoine BUCHET, Jean-Louis COSTE, (et al.): La Présomption d'innocence en droit comparé op. Cit. .p.24.

(3)أستاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري"، المرجع السابق، ص ٢٨٤ و ٢٨٥.

عليهم البعض[1] بأنه، لا يمكن اعتبار قرينة البراءة (أصل البراءة) بمثابة حيلة قانونية، فالحيلة باعتبارها إحدى وسائل الصياغة القانونية التي تجعل من الشيء غير الصحيح، شيئاً صحيحاً توصلاً لترتيب اثر قانوني معين، لولاها لما امكن ترتيب هذا الأثر. وهذه الحيلة لا تجد طريقها إلى قواعد القانون الجنائي برمته، بل ولا تلقى قبولاً من جانب الفقه الجنائي، حيث أن هدف القانون الجنائي الإجرائي إظهار الحقيقة الواقعية في الدعوى[2].

الفرع الرابع

الرأي القائل بان البراءة أصل

قضت العديد من احكام المحكمة الدستورية العليا في مصر، ويؤيدها - بحق- جانب من الفقهاء والباحثين، بأن البراءة أصل في الإنسان، وليست قرينة قانونية بسيطة، ولا من صورها.

وفي ذلك، قالت المحكمة الدستورية العليا في مصر: إن " افتراض البراءة لا يتمخض عن قرينة قانونية. ولا هو من صورها، ذلك أن القرينة القانونية تقوم على تحويل للإثبات من محله الأصلي- ممثلاً في الواقعة مصدر الحق المدعى به - إلى واقعة أخرى قريبة منها متصلة بها. وهذه الواقعة البديلة هي التي يعتبر إثباتها إثباتا للواقعة الأولى بحكم القانون. وليس الأمر كذلك بالنسبة إلى البراءة التي افترضها الدستور ، فليس ثمة واقعة أحلها الدستور محل واقعة اخرى، وأقامها بديلاً عنها، وإنما يؤسس افتراض البراءة على الفطرة التي جبل الإنسان عليها، فقد ولد حرا مبرءاً من الخطيئة، أو المعصية. ويفترض على امتداد مراحل حياته أن أصل البراءة لازال كامناً فيه، مصاحباً له فيما يأتيه من افعال، إلى أن تنقض محكمة الموضوع هذا الافتراض بقضاء جازم لا رجعة فيه، يصدر على ضوء الأدلة التي تقدمها النيابة العامة ، مثبتة بها الجريمة التي نسبتها إليه، في كل ركن من أركانها، وبالنسبة إلى كل واقعة

---

(1) الدكتور محمد زكي ابو عامر: "الإثبات في المواد الجنائية "، الفنية للطباعة والنشر، بدون سنة نشر، ص٤٢ الهامش رقم ٢٣. الدكتور عطية علي عطية مهنا : " الإثبات بالقرائن في المواد الجنائية " ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص ١٣٥ . وانظر :

- Mohammed-Jalal Essaid:"La présomption d'innocence". Thèse, Paris, 1971.p71et s.

Lucia QUARTA et Virginie VAN GEYTE:"La présomption d'innocence en droit compare", colloque de centre français de droit compare, 16 janvier 1998, Gaz. Pal,16-17 décembre 1998.p.25.

(2) الدكتور محمد زكي ابو عامر: "الإثبات في المواد الجنائية "، المرجع السابق، ص٤٢ الهامش رقم ٢٣.

ضرورية لقيامها، بما في ذلك القصد الجنائي بنوعيه إذا كان متطلبا فيها. وبغير ذلك لا ينهدم أصل البراءة.."[1]

واستند أنصار الرأي القائل بأن البراءة أصل وليست قرينة[2]إلى ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا معتبرين أن البراءة ليست قرينة قانونية بسيطة، ولكنها حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية[3]، تلك الحقوق التي تثبت لكل فرد في المجتمع بوصفه إنساناً، بصرف النظر عن أي اعتبار آخر، وهذا الحق يثبت للإنسان منذ ميلاده، ويظل ملازماً له طيلة حياته،وانه لا سبيل لدحض هذا الأصل إلا بالحكم القضائي البات الصادر بالإدانة. وهذا الحكم هو أمر عارض يؤدي إلى تعطل نطاق هذا الحق، أو تقييده. وأثره يقتصر على الواقعة محل الحكم أما خارج نطاق تلك الواقعة فإن المتهم يعد بريئا.

وفي معرض التبرير لهذا لمسلك قال البعض: إن الحكم الصادر بالبراءة لا ينشئ مركزاً جديداً كان مجهولاً قبل الحكم، بل على العكس، فإن حكم الإدانة هو الذي ينشئ مركزاً جديداً للمتهم؛ لأنه ينقله من دائرة الإباحة إلى دائرة التجريم[4].

رأي الباحث:

بعد عرض مسلك الفقه الجنائي حول مبدأ البراءة، وما إذا كانت " قرينة '، ام أنها أصل، أم هي حيلة قانونية ؛ فإننا نميل مع الاتجاه القائل بأن البراءة أصل في المتهم كونها أصلاً فطرياً نابعاً من فطرت الإنسان التي خلقه الله عليها، فهي ليست بقرينة

([1]) انظر : أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر - جلسة ٢فبراير ١٩٩٢م في القضية رقم ١٣ لسنة ١٢ قضائية " دستورية " مجموعة أحكام المحكمة الدستورية الجزء الخامس المجلد الأول ص١٨١ . جلسة ٣ يوليه ١٩٩٥ في القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية " دستورية " مجموعة أحكام المحكمة الدستورية لعليا ،الجزء السابع، ص ٩٠ . وجلسة ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ في القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية " دستورية" مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ،الجزء السابع ص٢٨٧ .

([2]) الدكتور أحمد إدريس احمد: "المرجع السابق "، ص٦٠ وما بعدها. الدكتور حسن محمد ربيع: " حماية حقوق الإنسان والوسائل المستحدثة للتحقيق الجنائي "، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ط ١٩٨٥، ص٤٩٢ وما بعدها. الدكتور محمود عبد العزيز خليفة : " النظرية العامة للقرائن في الإثبات الجنائي في التشريع المصري والمقارن " ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، ١٩٨٧ ، ص ٧٤٧. الدكتور حاتم بكار: " حماية حق المتهم في محاكمة عادلة "، رسالة دكتوراه جامعة الإسكندرية، دار النشر:منشأة المعارف، ١٩٩٦، ص ٥٨. الدكتور احمد ضياء الدين خليل: " مشروعية الدليل في المواد الجنائية "، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٢ والمرجع المشار إليه في الهامش، ص١٨٧.

([3])استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري"ط٢ ٢٠٠٤، مرجع سابق، ص ٢٩٢.

([4]) الدكتور أحمد إدريس احمد: "المرجع السابق"، ص٦٠ وما بعدها. الدكتور حسن محمد ربيع: " حماية حقوق الإنسان والوسائل المستحدثة للتحقيق الجنائي المرجع السابق، ص٤٩٢.الدكتور حاتم بكار: " حماية حق المتهم في محاكمة عادلة "، المرجع السابق، ص ٥٨.

قانونية بسيطة، وليست من صورها، كما أنها ليست من الحيل القانونية.

ويقوم تصورنا لذلك إلى عدة اعتبارات نوردها على النحو التالي:

أولاً: القول بأن البراءة قرينة قانونية بسيطة، معناه أن البراءة في الأساس محتملة او راجحة، اي ان المحتمل او الراجح براءة المتهم. وفي هذا قلب للحقيقة. فالمؤكد، هي البراءة التي تصاحب الإنسان منذ مولده، والإدانة هي المحتملة، وحتى يستقيم المعنى فإننا نقول: إن البراءة أصل في الإنسان وهي يقين، وان الاستثناء هو الإدانة، وان التحول من اصل البراءة إلى حالة الإدانة التي تنقض هذا الأصل لا يكون إلا بحكم قضائي بات صادر بالإدانة.

ثانياً: إن البراءة يتطلب لنقضها، ان تكون البينة من القوة بحيث لا يتطرق إليها ادنى شك معقول، وان يصدر بذلك حكم قضائي بات، والأمر ليس كذلك في القرائن القانونية البسيطة التي تفتقر لمثل هذه القوة من البينة. فهي تتسم بجواز إثبات ما يخالفها بجميع طرق الإثبات الأخرى، على اساس ان المطلوب هو نقض ودحض قرينة، ويكفي لذلك مجرد قرينة مماثلة، او ما يجاوزها من الأدلة الأخرى[1].

ثالثاً: إن القرينة القانونية البسيطة تتعلق بعبء الإثبات فحسب، سواء كانت لصالح المتهم ام ضده ، في حين ان اصل البراءة له دور اوسع، فهو إلى جانب انه يلقي بعبء الإثبات على عاتق الاتهام في مرحلة المحاكمة، إلا ان له دوراً آخر وهو حماية الحرية الشخصية للمتهم في مواجهة اي إجراء تتخذه السلطة، وحملها على معاملته على اساس انه في الأصل بريء فيما تتخذه من إجراءات في كافة مراحل الإجراءات الجنائية، حتى صدور حكم قضائي بات بالإدانة[2].

رابعاً: إن المتتبع للقرائن القانونية يجد ان الذي يتولى النص عليها هو المشرع وان الذي يتولى التأكد من توافر شروطها ويقضي بحكمها هو القاضي وحده، اما بالنسبة لأصل البراءة، فهو مبدا يقتضي تطبيقه قبل صدور الحكم، بل وقبل ان ينظر فيه القضاء، فهو مبدا مطلوب تطبيقه في سائر مراحل الإجراءات الجنائية.

---

(1) راجع: الدكتور احمد ضياء الدين خليل: " مشروعية الدليل في المواد الجنائية "، مرجع سابق ص ٧٨٥.

(2) وهو ما سنتطرق إليه في الباب الأول.

وإذا كانت البراءة قرينة قانونية -كما قيل بذلك-، فإن البراءة لا تحتاج إلى حكم قضائي يصدر بها، لأنها أصل فطري يصاحب الإنسان. وكل ما هنالك أن القاضي يقرر بقاء الحال على ما هو عليه، استصحاباً للبراءة الأصلية. فالحكم هنا كاشف وليس منشئ لمركز قانوني جديد.

خامساً : كذلك هناك فارق جوهري بين أصل البراءة، والقرينة القانونية البسيطة، ويبرز هذا الفارق في أن القرائن تتطلب إثبات واقعة أخرى بديلة غير تلك التي تنصب عليها الواقعة الأصلية محل الإثبات، نظرا لتعذر. أو استحالة إثباتها ، لا لأن إثبات الواقعة البديلة، أو المجاورة هو الهدف من عملية الإثبات، ولكن إثبات هذه الواقعة يكفي في نظر القانون للقول بأن الواقعة الأصلية قد ثبتت. وهذه الواقعة الأصلية هي الغاية المطلوب إثباتها[1] ، فمثلا المادة "٢٧٦" من قانون العقوبات المصري تنص على" أن وجود أجنبي في بيت مسلم في المحل المخصص للحريم، قرينة على ارتكاب الشريك جريمة الزنا". ففي هذا النص نجد أن الواقعة الأصلية المراد إثباتها هي ارتكاب الشريك جريمة الزنا، ونظرا لتعذر إثبات الواقعة الأصلية إثباتا مباشراً، فقد أقام المشرع قرينة قانونية بسيطة، على أن وجود المتهم في بيت مسلم - وهو أجنبي - في المحل المخصص للحريم، يعتبر دليلاً على ارتكابه جريمة الزنا. فنجد هنا، أن محل الإثبات قد انتقل من الواقعة الأصلية، إلى واقعة أخرى مجاورة، أو بديلة تم إثباتها وبالتالي، فالقانون يرى أن ثبوت تلك الواقعة المجاورة، أو البديلة، يكفي لإثبات الواقعة الأصلية، وعلى المتهم إثبات العكس.

وهذا الوضع لا ينطبق على مبدأ البراءة، الذي لا يتطلب إثبات واقعة أساسية حتى يجوز للمحكمة إعمال حكم الأصل، ذلك أنها ملزمة بإعمال حكمه، ولو التزم المتهم جانب الصمت ، ما لم يقدم الاتهام بينة قاطعة، تدحض أصل البراءة ، وهو ما ذهبت إليه - بحق- المحكمة الدستورية العليا في مصر كما ذكرنا "[2] .

سادساً : لقد استند الرأي القائل، بأن أصل البراءة قرينة قانونية إلى أن القرينة استنتاج مجهول من معلوم، والمعلوم هو أن الأصل في الأشياء الإباحة، وأن المستنتج من

---

(1) الدكتور محمود عبد العزيز خليفة ، النظرية العامة للقرائن ....مرجع سابق ص٢٨٢.
(2) انظر الأحكام التي أشرنا لها سابقاً المحكمة الدستورية العليا ، في هذا المطلب ، ص٤١

هذا الأصل هو براءة الإنسان، ولكن هذا الراي مع وجاهته وبُعده المنطقي، حيث وقفت عنده كثيراً للترابط بينهما. غير اني لم ارَ ان إحدى القاعدتين مجهولة، والأخرى معلومة، فكلتاهما معلومتان وهما وجهان من أوجه الاستصحاب التي هي قاعدة اصولية في الفقه الإسلامي على ما سنوضحه[1] . فهما اصلان خارجان من مشكاة واحدة.وإن كانا يهيمنان على القانون الجنائي، إلا ان لكل منهما دوراً تؤديه في المجال الجنائي ينفصل عن الآخر ويكمله، فقاعدة الأصل في الأفعال الإباحة، قاعدة موضوعية تحمي الأفراد من خطر التجريم والعقاب، فلا عقاب قبل ورود نص قانوني يجرم الفعل ويفرض عليه عقاب، وقاعدة الأصل في المتهم البراءة تعد قاعدة إجرائية، تتعلق من ناحية بحماية الحرية الشخصية من خلال الضمانات التي تكفل معاملته على أساس انه بريء. ومن ناحية عبء الإثبات[2] .

سابعاً : بالنسبة للراي الذي ذهب إلى اعتبار البراءة بمثابة حيلة قانونية، فإلى جانب تصدي بعض رجال الفقه لهذا الرأي، ينبغي أن نعرِّف أولاً معنى الحيلة.

فهي من حيث اللغة: اسم مأخوذ من الاحتيال، وهي المراوغة. والاحتيال هو تحويل الأمر وصرفه عن حقيقته[3] .

والحيلة من حيث الاصطلاح : هي نوع مخصوص من التصرف والعمل الذي يتحوَّلُ به فاعلُه من حال إلى حال، ثم غلب عليها بالعُرْف استعمالها في سلوك الطرق الخفية التي يتوصَّل بها الرجلُ إلى حصول غرضه، بحيث لا يتفطن له إلا بنوع من الذكاء والفطنة، وسواء كان المقصود أمراً جائزاً أو محرماً، وأخَصُّ من هذا استعمالُها في التوصل إلى الغرض الممنوع منه شرعاً، أو عقلاً، أو عادة. فهذا هو الغالب عليها في عُرْف الناس، فإنهم يقولون: فلان من أرباب الحيل، ولا تُعاملوه، فإنه مُتحَيِّل، وفلان يُعَلِّمَ الناسَ الحيلَ...وهكذا[4] .

---

(1) انظر الفصل الأول من الباب الأول، ص ٦١.

(2) وسوف نبين ذلك من خلال الأبواب التالية.

(3) مختار الصحاح، جا ص٦٩. لسان العرب لابن منظور، جا١١ ص ١٨٧.

(4) والحيل لدى غالبية الفقه الإسلامي غير مشروعة وبالأخص الحيل التي تتضمن تحليل ما حرمه الله أو تحريم ما أحله الله أو إسقاط ما أوجبه. وأما الحيلة التي ترفع المفسدة العظيمة كالحيلة على دفع الظلم والمكر حتى لا يقع، وحيلة على دفعه بعد وقوعه، فإن الشارع لا يحرمها. لمزيد من التفاصيل راجع، أعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن أيوب الدمشقي، المعروف بابن القيم الجوزية (٦٩١-٧٥١ هـ) ، دار الكتب العلمية ، بدون سنة نشر جـ ٢ ، ص ١٨٥و٢٢٩-٣٤٤.

ومن فقهاء القانون من يعرف الحيلة القانونية[1] بأنها، وسيلة عقلية لازمة لتطور القانون على اساس افتراض أمر كاذب مخالف للحقيقة، يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصه. ويعرفها آخر: بأنها إعطاء وضع من الأوضاع حكماً يخالف الحقيقة، توصلاً إلى ترتيب أثر قانوني معين عليه، ما كان ليترتب لولا هذه المخالفة[2].

والحيلة في رأي الفقه تختلف عن القرينة[3]، في أنها لا اساس لها في الواقع، بل هي من صنع المشرع فرضها فرضاً حتمياً، فاستعصت طبيعتها - بداهة- على قبول إثبات العكس، فهي أقوى من القرينة القانونية، ولكنها أشد خطراً. ومن ثم لا يلجأ إليها المشرع، إلا حين تضيق القرينة القانونية[4].

وهناك من يطلق على الحيلة لفظ الافتراض، أو المجاز. وهذا الأخير فعل وهمي أو ليس حقيقياً. ومن الناحية القانونية، يأتي تعبير الافتراض، كإحدى وسائل الصياغة القانونية التي يقصد بها نقل حكم قانوني من واقعة إلى أخرى، لإعطاء الثانية حكم الأولى؛ لما بينهما من تشابه، أو لأسباب أخرى؛ بمعنى آخر، أن المشرع حين يرغب في سن قاعدة قانونية معينة، ويشعر أن هناك عقبة ما، تحول دون ضبطها بطريقة مباشرة، فإنه يتغلب عليها، عن طريق تجاهل الحقائق والخروج على مقتضى طبائع الأشياء، فيستعين بالافتراض، أو الحيل لكي يحقق هدفاً تشريعياً معيناً[5].

وبعد هذا التوضيح لمفهوم الحيلة، أو الافتراض، يمكننا القول: إن هناك فرقاً واضحاً بين مفهوم الحيلة، وبين أصل البراءة، فالحيلة تقوم على تصور ذهني معين يخالف الصورة الطبيعية في الواقع. أما أصل البراءة، فهو وضع يتفق مع طبيعة الأشياء إذ الأصل في الإنسان أن ذمته بريئة، وفقا للفطرة التي فطره الله عليها، وأنه يجب

---

(1) انظر في ذلك : الدكتور محمود عبد العزيز خليفة : " النظرية العامة للقرائن في الإثبات الجنائي في التشريع المصري والمقارن" ، مرجع سابق ، ص ٧٠٠ ،

(2) الدكتور صوفي ابو طالب : " مبادئ تاريخ القانون "، دار النهضة العربية ١٩٦٧، ص ٢٩٠ .

(3) انظر: الدكتور محمود عبد العزيز خليفة ، النظرية العامة للقرائن في الإثبات الجنائي، مرجع سابق ، ص٧٢١ .

(4) الدكتور عبد الرزاق السنهوري: " الوسيط في شرح القانون المدني "، مرجع سابق، فقرة ٣٢٢، ص٧٧٨.

(5) الدكتور محمد شتا ابو سعد: " الأثر الرجعي للشرط واهم المشكلات العملية ..."، مجلة هيئة قضايا الدولة ، العدد الثاني السنة الرابعة والأربعون ابريل - يونيه ٢٠٠٠، ص٤٤ .

النظر إليه على هذا الأساس، ولا تنتفي عنه هذه البراءة، إلا عندما يخرج الإنسان من دائرة البراءة إلى دائرة الإدانة بموجب حكم قضائي بات يقضي بإدانته.

المطلب الثالث

أصل البراءة حق من الحقوق

إذا كانت البراءة أصل في المتهم وليست قرينة قانونية بسيطة ولا من صورها كما هو الرأي الذي نرجحه والذي انتهينا إليه سابقاً، فإن التساؤل الذي يثار في هذا الصدد هو: ما هي طبيعة هذا المبدأ و هل يعد حق من الحقوق، ام انه عبارة عن ميزة إجرائية شاء القانون أن يعبر بها عن انحيازه لمصلحة المتهم؟

وللوقوف على حقيقة ذلك، يقتضي منا المقام أن نبين -بشكل موجز - مفهوم الحق لغوياً، وفقهياً، لكي نقف على كنه أصل البراءة.

أولاً : تعريف الحق من الناحية اللغوية :

لكلمة الحق معان عدة، فالحَقُّ ضد الباطل، والحق ايضا مفرد الحُقُوقِ و يقال حَاقَّهُ : إذا ادعى كل واحد منهما الحق، فإذا غلبه، قيل حَقَّهُ..ويقال حُقَّ لك أن تفعل هذا وحققت أن تفعل هذا بمعنى وحُق له أن يفعل كذا. والجمع احِقَاءُ و مَحَقُوقُونَ وحقَّ الشيء يحق بالكسر حَقًا اي وجب. وأحَقَّهُ غيره، اي أوجبه. واستحَقَّهُ، اي استوجبه[١]، وفي حديث التلبية: لبَّيك حَقًا حقاً، أي غير باطل . ويقول تعالى: ﴿كَذَٰلِكَ حَقَّتْ كَلِمَتُ رَبِّكَ عَلَى الَّذِينَ فَسَقُوا أَنَّهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ﴾[٢] اي وجبت وثبتت[٣].

ومما سبق، يمكن القول بأن كلمة الحق في مفهومها اللغوي لها معان عديدة منها انها نقيض الباطل، كما انها تفيد الثبوت، والوجوب، واللزوم.

ثانياً : التعريف الفقهي للحق :

لم يهتم الفقهاء القدامى والأصوليين بتعريف الحق تعريفاً اصطلاحياً مع كثرة استعمالهم إياه،وإن كانوا قد اهتموا بتقسيمه إلى حق لله وحق للعبد، وبيان احكامه ولعل ذلك يرجع إلى انهم رأوه واضحاً، فاستغنوا عن تعريفه مكتفين بالتعريف

---

(١) مختار الصحاح، لمحمد بن ابي بكر الرازي جـ١ ص ٦٢.
(٢) سورة يونس ، الآية ٣٣.
(٣) لسان العرب، لابن منظور، جـ ١٠ ص ٤٩.

اللغوي له. ومع ذلك فقد قام بعض الفقهاء[1] في بيان معنى الحق في قسميه - حق الله وحق العبد-، فذكر ان حق الله هو: ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد، واما حق العبد، فقد عُرف: بأنه ما يتعلق به مصلحة عامة.

وعرفه احد رجال الفقه المحدثين بأنه مصلحة مستحقة شرعا[2].

وينحصر مفهوم الحق لدى فقهاء القانون في ثلاثة اتجاهات نوجزها على النحو التالي:

الاتجاه الأول: الاتجاه الشخصي:

يعرف انصار هذا الاتجاه[3] الحق من خلال النظر إلى صاحبه فهم يرون أن الحق هو: " القدرة او السلطة الإرادية التي يخولها القانون لشخص ما في نطاق معلوم". وهذا التعريف لاشك أنه يتصل بالفكر الفردي وما يتفرع عنه من مبدأ سلطان الإرادة التي تملك إنشاء الحق، وتملك تغييره وإنهاءه. وقد واجه هذا التعريف انتقادات منها:

١- أن القول بأن الحق مكنة إرادية، يتنافى مع ما هو مستقر في التشريعات من أن لعديمي الأهلية حقوقا، كالمجنون والصبي غير المميز، إذ يتمتع هؤلاء بحقوق على الرغم من انهم فاقدو الإرادة، كما يمكن للشخص أن يكتسب الحقوق دون علمه كالغائب[4].

٢- أن هذا التعريف وإن كان يدخل في نطاقه حقوق الأشخاص الطبيعية، فإنه يخرج من نطاقه تلك الحقوق المتعلقة بالأشخاص المعنوية، لأنه لا إرادة للشخص المعنوي؛ لذلك لا تصلح فكرة الإرادة للقول بوجود الحق، فالحق يوجد دون وجودها، وإن كانت هذه الإرادة متطلبة في شكل استعمال الحق، أو مباشرته[5].

---

(1) شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح : لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني ، دار الكتب العلمية - بيروت- جـ٢ ، ص١٥١ .

(2) انظر :الدكتور علي الخفيف : " الحق والذمة " ، مكتبة وهبة ، ١٩٤٥ ، ص٣٦ .

(3) انظر في ذلك : الدكتور حسن كيره : " المدخل إلى القانون " ، منشاة المعارف الإسكندرية ، ١٩٧٠، ص٤٣٦ . الدكتور جميل الشرقاوي : " نظرية الحق " ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٣ ، ص١٩. الدكتور عبد المنعم البدراوي : " نظرية الحق " ، مكتبة الجلاء الجديدة -المنصورة - ، ١٩٨٠ ، ص١٩ . الدكتور حمدي عبد الرحمن : " مبادئ القانون "، بدون ناشر ، ٢٠٠٢/٢٠٠٣ ، ص ٢١٤ .

(4) انظر في هذا الرد: الدكتور محي شوقي أحمد: " الجوانب الدستورية لحقوق الإنسان"، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس ١٩٨٦. ص٤٨.

(5) الدكتور محي شوقي أحمد: المرجع السابق نفسه، ص ٤٨.

الاتجاه الثاني : الاتجاه الموضوعي :

ظهر هذا الاتجاه كرد فعل للاتجاه الشخصي " الإرادي "، إذ يرى أنصار هذا الاتجاه أن الإرادة في الحق ليس لها دور جوهري، بل لها دور ثانوي، ينحصر في مجرد توجيه استعمال الحق. ولذلك استبعدوا الإرادة في تعريفهم للحق. وعرفوه بأنه "مصلحة مشروعة يحميها القانون"[1]. ومن خلال هذا التعريف يبرز عنصران أساسيان لوجود الحق، أولهما عنصر المصلحة. أو الفائدة التي يخولها الحق، وثانيهما عنصر الحماية القانونية.

وبدوره لم يسلم هذا الاتجاه في تعريفه للحق من النقد المتمثل في الآتي:

١- إن الحق عُرف بهدفه، أو الغاية منه وهي المصلحة؛ فالمصلحة هي غاية الحق ومن الخطأ تعريف الحق بالغاية منه[2].

٢- إن الحماية القانونية ليست من عناصر الحق، بل إنها تأتي بعد نشوئه، ونتيجة مترتبة على التسليم به[3].

الاتجاه الثالث : الاتجاه المختلط :

حاول أنصار هذا الاتجاه التوفيق بين الاتجاهين السابقين في تعريفهم للحق فعرفوه، بأنه إرادة ومصلحة محمية في ذات الوقت، وقد اختلفوا في أي من العنصرين يغلب الآخر، ويفضّله. فبعضهم يغلّب الإرادة على المصلحة، ويقدم البعض المصلحة على الإرادة[4].

وهناك اتجاه حديث يرى[5] أن الحق هو استئثار بقيمة معينة يمنحها القانون

---

(1) الدكتور عبد الرزاق السنهوري : " مصادر الحق في الفقه الإسلامي " ، جـ١ ، منشورات محمد الداية - بيروت- ، بدون سنة نشر ، ص٩ . الدكتور حسن كيره: " المدخل إلى القانون "، المرجع السابق، ص٤٢٣. الدكتور نعمان جمعة: " نظرية الحق " ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٣ ، ص٢٥ .

(2) انظر: الدكتور جميل الشرقاوي : " نظرية الحق " ، مرجع سابق ، ص٢٣. الدكتور عبد المنعم البدراوي : " نظرية الحق " ، مرجع سابق، ص٣٠.

(3) الدكتور جميل الشرقاوي : المرجع السابق نفسه ، ص٢٣. الدكتور عبد المنعم البدراوي المرجع السابق نفسه، ص٣٠.

(4) انظر تفصيلا في عرض هذا الاتجاه : الدكتور جميل الشرقاوي : " نظرية الحق " ، مرجع سابق ، ص٢٣. الدكتور عبد المنعم البدراوي : " نظرية الحق " ، مرجع سابق، ص٣٦.

(5) انظر تفصيلا في هذا الاتجاه: الدكتور احمد سلامة: " المدخل لدراسة القانون " الكتاب الثاني " نظرية الحق " دار النهضة العربية، ١٩٧٤، ص١٣٢ وما بعدها .

لشخص ما، ويحميه. ولكن هذا الاتجاه يرى أن هذا التعريف للحق لا يبرز إلا في نطاق القانون الخاص، أما في نطاق القانون العام. فلا يمكن أن نطلق على هذه الحقوق انها استئثار، لأنها لا تخص احداً وحده، بل يشترك الجميع في استعمالها، والجميع يتمتع بها، وهو يرى أن هذه الحقوق يمكن أن يطلق عليها المراكز القانونية.

ومن جانبنا نؤيد الرأي القائل: بأن الحق مصلحة يحميها القانون. ونرى أن فكرة الحق تقوم على عنصرين أساسيين هما عنصر المصلحة، وعنصر الحماية القانونية، دون تفضيل لأي عنصر على الآخر، نظراً لضرورة العنصرين كليهما لوجود الحق واستعماله.

ثالثاً: أقسام الحقوق للوقوف على كنه أصل البراءة:

يمكن القول: إن الفقهاء قسموا الحقوق إلى عدة أقسام. فمنهم من قسمها إلى حقوق سياسية ومدنية. وقسمت الحقوق المدنية إلى حقوق عامة وخاصة وقسمت الحقوق الخاصة إلى حقوق أسرة وحقوق مالية. والحقوق المالية قسمت إلى حقوق عينية وشخصية وذهنية[١].

وهناك من الفقهاء[٢] من قسم الحقوق إلى: حقوق إنسان، وحقوق وضعية. ويرى هذا الفقه، أن حقوق الإنسان هي:" الحقوق التي يتعين الاعتراف بها للشخص لمجرد كونه إنساناً، دون اشتراط الحماية القانونية للمطالبة بها". بينما الحقوق الوضعية هي: تلك الحقوق التي تستمد وجودها من اعتراف المشرع بها، وهي لا توجد إلا إذا كانت مصحوبة بالوسائل القانونية التي تكفل لحاملها المطالبة بها وحمايتها وينتهي هذا الجانب من الفقه إلى أن الحقوق الوضعية تثبت للشخص الطبيعي وكثيراً منها تثبت للشخص المعنوي. في حين أن حقوق الإنسان لا تثبت إلا للشخص الطبيعي لارتباطها به، وهي صفة لصيقة به.

وبعد هذا الطرح الموجز لمفهوم الحقوق، يمكن القول بأن أصل البراءة هو حق من الحقوق الأساسية، ذو سمة عالمية. فهو عنصر في القانون الدولي لحقوق الإنسان ونوضح ذلك على النحو التالي:

---

(١) انظر تفصيلا : الدكتور جميل الشرقاوي : " نظرية الحق " ، مرجع سابق ، ص٢١.
الدكتور عبد المنعم البدراوي : " المدخل لقانون الخاص "، ص ٧٨. الدكتور محمد سامي مدكور: " نظرية الحق"، دار الفكر العربي،١٩٥٣، ص ٩ و١٠.
(٢) انظر : الدكتور ماهر عبد الهادي : " النظم القانونية " ، مكتبة التكامل - الزقازيق- ١٩٨٣ ، ص٣٦٥. الدكتور محي شوقي احمد: " الجوانب الدستورية لحقوق الإنسان"، مرجع سابق. ص ٥١.

١- **مبدأ البراءة حق**[1]: قوامه مصلحة المتهم في ان ينظر إليه على انه بريء من التهمة المنسوبة إليه، ويكفل القانون حماية هذا الحق[2].

فإذا كانت الدولة هي صاحبة الحق في كشف الحقيقة وتوقيع العقاب على من تثبت إدانته، فإن المتهم تبرز مصلحته في أن يعامل على أنه بريء، وبالتالي يقع على عاتق الدولة التي هي صاحبة الحق في توقيع العقاب التزاما، بأن تهيئ لمن تتهمه بارتكاب الجريمة كافة الحقوق، باعتبارها الملتزمة بالوفاء بمتطلبات ذلك.وفي طليعة هذه الحقوق حقه في أصل البراءة.

ولا شك، أن الإخلال بهذه الالتزامات يمثل عدوانا على حق المتهم في أصل البراءة، يقتضي مواجهته بالجزاء الملائم، والذي تتعدد صوره بحسب طبيعة العدوان ونوعية المخالفة، فقد يأخذ الجزاء شكل عقوبة جنائية، وذلك حين يصل البغي إلى درجة الجريمة، كتعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، أو حبسه بدون وجه حق. وقد يكون جزاءً إجرائياً،كبطلان إجراءات التحقيق والمحاكمة حينما تتم بالمخالفة لإحدى ضماناتها الجوهرية، وقد يأخذ شكل التعويض، كما قد يتضمنها جميعا.

ومن الجدير بالذكر أن إصباغ صفة الحق " لأصل البراءة " يعطي لصاحبه مكنة الالتجاء إلى القضاء بمجرد التعدي على هذا الحق للمطالبة بوقف العدوان، أو منعه.

٢- **مبدأ البراءة من الحقوق الأساسية**: فهو حق يتساوى فيها كافة الأفراد، ولا يمكن التفريط فيها. والأدل على ذلك، أن كافة المواثيق الدولية لحقوق الإنسان قد كفلت هذا الحق،.وأكدته العديد من تشريعات البلدان المختلفة على ما سنوضحه[3]، واصبح من الحقوق المحمية دولياً ودستورياً[4].

ونخلص مما سبق إلى أن أصل البراءة هو حق للمتهم، أوجبته الفطرة، وليس

---

(1) انكر جانب من رجال الفقه صفة الحق عن تلك الطائفة من المكنات اللصيقة بالشخصية وذلك على اساس اختلاط صاحب الحق فيها بمضمونه، بل إن البعض شكك في وجود هذا النوع من الحقوق اصلا حيث لا يتصور وجودها قبل الاعتداء عليها، بيد أن تلك المحاولة جانبها الصواب لان الراي الغالب قائم على ضرورة التسليم باعتبارها حقوقا كاملة. انظر في ذلك: الدكتور احمد سلامة: " المدخل لدراسة القانون، جـ٢، ص١٩٧٤، ص ١٧٠ وما بعدها.

(2) راجع: الدكتور احمد ضياء الدين محمد خليل: " مشروعية الدليل في المواد الجنائية.."، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس، ١٩٨٣، ص ١٨٩.

(3) انظر ما سيلي في الفصل الثاني من الباب الأول.

(4) انظر : استاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري "، مرجع سابق ، ص٢٤٦.

ميزة إجرائية شاء القانون أن يعبر بها عن انحيازه لمصلحة المتهم وبالتالي، فإن الدولة ملزمة بمعاملته على هذا الأساس.

وهو ما عبرت عنه المحكمة الدستورية العليا في مصر -في النص السابق ذكره- بقولها: "...وأصل البراءة يعد قاعدة أساسية أقرتها الشرائع جميعها لا لتكفل بموجبها حماية المذنبين، وإنما لتدرأ بمقتضاها العقوبة عن الفرد إذا كانت التهمة الموجهة إليه قد أحاطتها الشبهات بما يحول دون التيقن من مقارفة المتهم لها...ويؤسس على الفطرة التي جبل الإنسان عليها فقد ولد حرا مبرءاً من الخطيئة، أو المعصية. ويفترض على امتداد مراحل حياته أن أصل البراءة لا زال كامنا فيه، مصاحبا له فيما يأتيه من أفعال إلى أن تنقض محكمة الموضوع بقضاء جازم لا رجعة فيه هذا الافتراض..."[1].

ويبقى تساؤل يتعلق بطبيعة هذا الحق، وما إذا كان من حقوق الشخصية؛ أم من حقوق الإنسان؟ أم هما معاً؟ وهو ما نرجئه إلى الفصل الثالث من الباب الأول من هذه الرسالة.

---

(1) انظر ما سبق في هذا البحث.

البَابُ الأوَّل

التطور التشريعي والفلسفي للحق في أصل البراءة

تمهيد وتقسيم:

تقتضي دراسة الحماية الجنائية لأصل البراءة،القيام أولاً بجولة تاريخية للوقوف على نشأة أصل البراءة، واستقراء مراحل تطوره، وتحديد معالمه ومدى الأخذ به، ذلك ان أصل البراءة كغيره من المبادئ، لم يأت من فراغ ليكتسب قيمة قانونية عليا، بل تأرجح بين غيابه تارة، والأخذ به تارة اخرى، حسب تأثر المجتمعات بالمبادئ السائدة، واهمها على الإطلاق التعاليم السماوية التي كانت لها سمات بارزة، وبصمات مميزة في هذا الشأن.فهي مبادئ -بلا أدنى شك- توجه الإنسان نحو الخير وعدم الطغيان وتمنع الظلم والامتهان،وحين يخرج الإنسان عن تعاليم السماء يضل ويشقى وتتنازعه الأهواء، فلا يحترم حقوقا، ولا تستوقفه حرمات.

كما تقتضي دراسة هذا المبدأ الوقوف على التكريس التشريعي له في المواثيق الدولية والقانون المقارن ومعرفة ما يتمتع به من قوة إلزامية فيها.

ومن مقتضيات دارسة فلسفة هذا المبدأ، الوقوف على حقيقة الدور الذي يقوم به في حماية الأشخاص الملاحقين بدعوى جنائية. وموقف الفقه من هذا المبدأ بالقبول أو الرفض.

وعلى ضوء ذلك، سوف نقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول على النحو التالي:

الفصل الأول: نشأة أصل البراءة ومراحل تطوره.

الفصل الثاني: تكريس أصل البراءة في التشريعات المعاصرة.

الفصل الثالث: نطاق أصل البراءة وتقديره.

الفصل الأول

نشأة أصل البراءة ومراحل تطوره

تمهيد وتقسيم:

لا شك ان أصل البراءة أرتبط تاريخياً بفلسفة العدالة الجنائية في المجتمعات البشرية عبر العصور المختلفة. ولذلك ينبغي أن نسبر غور النظم الجنائية المختلفة، لكي نقف على مدى احترامها لأصل البراءة باعتباره مبدأ هاماً يحمي حقوق وحريات المتهم عند ملاحقته بدعوى جنائية.

وعلى ضوء ذلك، يمكن أن نقسم دراستنا لهذا الفصل إلى اربعة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: نظرة المجتمعات البدائية لأصل البراءة.

المبحث الثاني: ظهور أصل البراءة في النظام الإسلامي.

المبحث الثالث: التطور التاريخي لأصل البراءة في النظم الإجرائية الوضعية.

المبحث الرابع: الارتباط التاريخي والفلسفي لأصل البراءة بمبدأ شرعية التجريم والعقوبات

۞۞۞

المبحث الأول

نظرة المجتمعات البدائية لأصل البراءة

المقصود بالمجتمعات البدائية تلك التي ظهرت فيها البشرية في حياتها البدائية القائمة على الفوضى وعدم الاستقرار.

والوضع السائد لدى المجتمعات البدائية -في طورها الأول-، ان حل المنازعات كان قائماً على القوة والانتقام الفردي[1]. فهي الوسيلة الأولى للضبط الاجتماعي، بحيث تكفل-بصفة اساسية- حماية الحق والرد على أي اعتداء يلحق بالشخص او بماله[2]،

---

(1)R.MERLE et A.VITU : " Traite de droit criminelle, problèmes généraux de la science criminelle". Droit pénal général, 6e édit., Cujas, 1984. N° 111, p.171.

(2)انظر في ذلك: الدكتور طه عوض غازي: " فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية - نشأة القانون وتطوره -، دار النهضة العربية ٢٠٠١، ص٣٦ وما بعدها.

ولهذا قيل: إن القوة هي التي تنشئ الحق، وهي التي تحميه[1].

وبناء على ذلك السلوك، فإن المتهم القوي يستطيع أن يضمن حقوقه، بل قد يعفى من العقاب، وإن تأكدت إدانته، بينما الضعيف الذي لا حول له ولا قوة فحقوقه مضاعة، وقد يناله عقاب على فعل لم يرتكبه.

ولا شك، أن الذي ساعد على الالتجاء إلى القوة، أو إلى الانتقام الشخصي غياب القواعد التي تحرّم الالتجاء إلى القوة لحل المنازعات التي قد تنشأ بين الأفراد[2].

وفي مرحلة متقدمة، تطورت هذه المجتمعات، لتشكل تجمعاً يرأسه شخص هو رئيس القبيلة، أو حاكمها، يتم الاحتكام إليه عند حدوث أية جريمة، أو عند عدم معرفة فاعلها[3]. وبدا اللجوء إلى استعمال وسائل متعددة للوصل إلى الحقيقة، منها الإقرار، و شهادة الشهود، والابتلاء الذي يخضع له المتهم بارتكاب جرماً، دون أن يقوم عليه دليل.

وقد سادت المعتقدات في تلك الحقبة بوجود قوة غيبية " le force surnaturelle" تسمو على القوة الطبيعية، أخذت تلك الجماعات تمثلها في هيئة جمادات وحيوانات معتقداً أنها آلهة ذات قوة خفية تمنحه الخير وتبعده عن الشر[4].

وبدأت الأساطير والأوهام -التي ما انزل الله بها من سلطان- تجد طريقها إلى الفكر البشري الذي استجاب لها آنذاك، فأصبح أسيرها، وألقت هذه المعتقدات بظلالها على

---

(1) الدكتور محمود سلام زناتي: " موجز تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية في المجتمعات البدائية والقبلية "، دار النهضة العربية، ١٩٧٧، ص٤٣. الدكتور أحمد أبو الوفا: " تاريخ النظم القانونية وتطورها"، الدار الجامعية للطباعة والنشر-بيروت-١٩٨٤،ص١٩ وما بعدها. الدكتور هلالي عبد اللاه أحمد: "النظرية العامة للإثبات الجنائي"دراسة مقارنة بين النظم الإجرائية اللاتينية والأنجلوسكسونية والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية ط١٩٨٧، ص٣٦.

(2) الدكتور طه عوض غازي: " فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية " مرجع سابق، ص٣٧.

(3) الدكتور محمود سلام زناتي: "موجز تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية في المجتمعات البدائية والقبلية"، مرجع سابق، ص ٢٩١.

(4) انظر في ذلك تفصيلا : الدكتور محمود سلام زناتي : " موجز تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية في المجتمعات البدائية والقبلية " ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٧ ، ص ٦١. الدكتور محمود السقا: " فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية"، دار الفكر العربي، ١٩٧٥، ص ١٢ وما بعدها. الدكتور هلالي عبد اللاه أحمد: "النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية "، مرجع سابق، ص ٢٧. الدكتور السيد محمد حسن شريف: "النظرية العامة للإثبات الجنائي"، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ٤٧١ و المرجع المشار إليه في الهامش رقم ٢.
Jean IMBERT et Georges LEVASSEUR :"Le pouvoir, Les Juges Et Les Bourreaux", Hachette, 1972.p.157.

فكرة العدالة الجنائية، سواء من ناحية التجريم والعقاب، أو من حيث التعامل مع المتهم وطريقة إيقاع الجزاء[1].

ولقد كانت الفكرة السائدة، في ذلك العهد، ووفقا لتلك المعتقدات، أن كل فعل ضار، تقف وراءه قوة شريرة تدفعه إليه، وانه من الضروري دفعها، بإيقاع الجزاء بمن ارتكب الفعل الضار، أيأ كانت الظروف التي ارتكب فيها الفعل، وأيأ كان المتسبب في الفعل، سواء كان إنسان أم حيوان، فالعقوبة كانت بمثابة رد فعل حتمي متجرد من العدالة[2].

ولأن أغلب المشاكل التي كانت تنشب في المجتمعات البدائية، غلب عليها الطابع الجنائي[3]، فقد كان المتهم بارتكاب جريمة - دون أن يقوم في مواجهته دليل كاف لإدانته-تفترض فيه الإدانة. وكان يقع على عاتقه عبء إثبات براءته، وكان الشخص المتهم يتعرض لصنوف عديدة من المحن والاختبارات القاسية والمفجعة بحجة أن الآلهة سوف تتدخل لحماية الشخص البريء، وتخلصه من التهمة المنسوبة إليه، وسوف تتدخل لحمايته، إذا ما تعرض لتك الوسائل الجائرة[4].

ومن امثلة تلك الاختبارات: استعمال الماء المغلي، أو الزيت، وذلك بوضع قطعة من الحديد أو غيرها، داخل الإناء الموجود به الماء، أو الزيت المغلي، ثم يقوم المتهم بإدخال يده في هذا الإناء وإخراج ما أُدخل فيها، فإن لم تحرق يده فهو بريء، وإلا فهو مدان. أو بوضع الحديد المحمي في يده، أو إلصاقه في بطنه، أو يُطلَب من المتهم أن يلعق بلسانه قطعة الحديد المحمية، فإن لم تحرق لسانه، فهو بريء، وإلا فهو مدان[5].

ومن الوسائل التي استخدمت ايضأ، إلقاؤه في نهر، أو في بئرٍ وهو مكتف الأيدي فإن نجا عد بريئا[6].وهناك الابتلاء بالمبارزة التي كان يلجأ إليها المتهم -مرغماً- حتى

---

(1)الدكتور محمود سلام زناتي، موجز تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ..."، مرجع سابق. ص ٢٩١.
(2) الدكتور عثمان خليل عثمان: " تطور مفهوم حقوق الإنسان"،مجلة عالم الفكر الكويتية، السنة الأولى، العدد الرابع يناير - مارس ١٩٧١ ، ص٧ .
(3) الدكتور حاتم بكار:"حماية حق المتهم في محاكمة عادلة"، ص٩.
(4)الدكتور احمد عوض بلال:" التطبيقات المعاصرة للنظام الاتهامي في القانون الأنجلوامريكي،مرجع سابق، ص ١٦.
(5) انظر: الدكتور صوفي حسن ابو طالب: " تاريخ النظم القانونية والاجتماعية"، دار النهضة العربية، ١٩٧٨،ص٤١.الدكتور احمد ابراهيم حسن:"تاريخ النظم القانونية والاجتماعية"، دار المطبوعات الجامعية -الإسكندرية- ١٩٩٧، ص٢٠٦.
(6)راجع: الدكتور محمود سلام زناتي:"موجز تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية في المجتمعات البدائية والقبلية"، مرجع سابق، ص ٢٩٤، ٢٩٥.الدكتور احمد ادريس احمد:" افتراض براءة المتهم"، مرجع سابق، ص٨٩.

يثبت براءته[1].

ولعلنا نرى من مجمل تلك الاختبارات الجائرة والظالمة ، غياب ابسط معايير العدالة، مما ينبئ عن نظرة غير إنسانية تجاه المتهم، حيث كانت تزرع في طريق البراءة العديد من المعوقات، والأشواك وتفتح الطرق أمام الإدانة على مصراعيها. فالمتهم مدان حتى يثبت هو براءته، أو تتدخل الآلهة لحمايته- وإن كانت عناية الله ترعى كل البشر- وفي هذه الحقبة الزمنية الموغلة في القدم يصعب معها القول بوجود هذا المبدأ.

المبحث الثاني

ظهور أصل البراءة في النظام الجنائي الإسلامي

تمهيد وتقسيم:

قبل أن نتناول ظهور أصل البراءة في النظام الجنائي الإسلامي، نلقي الضوء أولاً على الحقبة الزمنية التي سبقت بزوغ فجر الإسلام، للوقوف على المناخ الذي كان سائداً في ذلك العصر .وذلك من خلال مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول

انعدام أصل البراءة في الجزيرة العربية قبل الإسلام

إن المتتبع للوضع الذي كانت عليه الجزيرة العربية قبل الإسلام يدرك بجلاء أن النظام السائد حينها كان محكوما بمجموعة من العادات القبلية، فالوضع السائد في ذلك العهد، إذا وقعت الجريمة على شخص ما- في النفس أو فيما دون النفس-، فإن القانون المطبق هو قانون الثأر، الذي ينص على ضرورة الانتقام من الجاني[2].

والأدهى والأمر انه إذا كان الجاني غير كفء للمجني عليه، كأن يكون الأخير اعلى منه شأنا ونسباً في القبيلة، فإن الثأر لا يقتصر على الجاني وحده فحسب، بل

---

(1) ول ديورانت، " قصة الحضارة"، الجزء الأول، ص٥٢. أشار إليه الدكتور احمد إدريس أحمد، المرجع السابق، ص٨٩.

(2) راجع: الدكتور احمد إبراهيم حسن، " تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، مرجع سابق ، ص ٢١٣. هشام قبلان، وسائل تحقيق العدالة للمتهم في الشريعة الإسلامية، منشور في مطبوعات المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض " سابقاً" ،ضمن ابحاث الندوة العلمية الأولى حول، المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية ، ١٤٠٦ هـ جا، ص١١١.

يمتد ليشمل اقارب الجاني، واعز افراد قبيلة المتهم، والذين- غالباً- ليس لهم دور في الحادثة[1].

ومن هنا يغيب أول مبدأ جنائي هام، وهو مبدأ شخصية العقوبة، حيث تصبح المسئولية جماعية عن الفعل غير المشروع الذي قام به أحد افراد الجماعة او القبيلة[2].

وفي هذا الشأن، يقول ابن تيمية: " قال العلماء: إن أوليا المقتول تغلي قلوبهم بالغيظ، حتى يؤثروا ان يقتلوا القاتل وأولياه، وربما لم يرضوا بقتل القاتل، بل يقتلون كثيراً من أصحاب القاتل، كسيد القبيلة ومقدم الطائفة، فيكون القاتل قد اعتدى في الابتداء، وتعدى هؤلاء في الاستيفاء، كما كان يفعله أهل الجاهلية الخارجون عن الشريعة في هذه الأوقات من الأعراب والبادية وغيرهم" [3].

ومما يحكى ايضا في هذا الصدد: ان رجلاً قتل رجلاً آخر من الأشراف، ثم اجتمع اقارب القاتل عند والد المقتول، فقالوا له: ماذا تريد منا لترضى؟ قال إحدى ثلاث.. قالوا: وما هي؟ قال: تحيون ولدي، أو تملئون داري نجوم السماء، أو تدفعون إليَّ قومكم حتى اقتلهم، ثم لا أرى اني اخذت عوضا[4].

وأما نظام الإثبات السائد آنذاك، فقد كان يحكمه قاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر وهي من القواعد التي أقرها التشريع الإسلامي. وقد نسبت إلى قس بن ساعدة الإيادي[5]. وهذه القاعدة تعتبر من نتائج أصل البراءة في المتهم.وإلى جانب ذلك كانت هناك وسائل للإثبات، كالفراسة، والاحتكام للآلهة من أجل إظهار الحقيقة[6].

ونخلص مما سبق إلى أنه لم يكن هناك وضع موحد في الجزيرة العربية قبل

---

(1) قارن الدكتور طه عوض غازي: "فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية"، مرجع سابق، ص٣٨.
(2) الدكتور طه عوض غازي : المرجع السابق نفسه ص٣٨.
(3) السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية للإمام تقي الدين أحمد بن عبد الحليم (ابن تيمية) ط٤، ١٩٦٩، دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت، ص ١٥٦ .
(4) انظر في ذلك : الدكتور احمد فتحي بهنسي: " العقوبة في الفقه الإسلامي " ، دار الشروق ، ط٦ ، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩م ، ص٦٢ .
(5) قس بن ساعدة الإيادي أحد حكام العرب في الجاهلية، وكان خطيباً حكيماً عاقلاً له نباهة وفضل. انظر : الإصابة في معرفة الصحابة لابن حجر العسقلاني ،جـ٣ ، ص ٤٩١.
(6) راجع: الدكتور احمد ابراهيم حسن : " تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، مرجع سابق، ص ٢٣٢. الدكتور محمد راجح نجاد: "حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلال بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٢ ص ٢٩٨.

الإسلام، ففي حالات اللجوء للحكماء وشيوخ القبائل للفصل في المنازعات المدنية او الجنائية، فإن قاعدة البينات (أي على المدعي البينة وعلى المنكر اليمين) هي التي تطبق، وفي هذه الحالة يُحترم اصل البراءة في المتهم، أما في حال الاحتكام إلى الثارات فتهدر جميع الضمانات، إذ بمجرد تحديد المتهم، فإنه يعامل على أساس أنه مذنب يستوجب الانتقام منه، أو من ذويه او من قبيلته .وفي ذلك إسراف في الانتقام وتجاوز الحد والاعتداء .

وبعد هذه للمحة القصيرة للوضع الذي كان عليه سائداً في جزيرة العرب، قبل ان يبزغ فجر الإسلام فيها، ليبدد الظلمات التي كانت تحيط بها ردحا من الزمان.

المطلب الثاني

كفالة النظام الجنائي الإسلامي لأصل البراءة

جاء الإسلام بمنهج سماوي خالد، فكان نفحة ضخمة من السماء لتوطيد مكانة الإنسان على الأرض، وكان حماية له من كل ما يهدد حقه في الوجود، أو يحرمه الكرامة الإنسانية المقررة له منذ الأزل.

ولو نظرنا بإنصاف إلى شريعة الإسلام لوجدناها شريعة عالية مليئة بالجوانب السياسية، والمدنية والاجتماعية، والثقافية، والاقتصادية، والقانونية، فهي "كاملة شاملة" [1]، يقول الله تبارك وتعالى عنها في كتابه الكريم: ﴿ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الإسلام دِيناً ﴾[2] . ويقول تعالى: ﴿ مَا فَرَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِن شَيْءٍ ﴾[3] .ويقول تعالى: ﴿ وَأَنَّ هَذَا صِرَاطِي مُسْتَقِيماً فَاتَّبِعُوهُ وَلا تَتَّبِعُوا السُّبُلَ فَتَفَرَّقَ بِكُمْ عَن سَبِيلِهِ ذَلِكُمْ وَصَّاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾"[4] .

ولبيان كفالة النظام الجنائي الإسلامي لأصل البراءة، ينبغي أولاً أن نشير بشكل موجز إلى توافق هذا الأصل مع مقاصد التشريع الإسلامي، ثم نتناول بعد ذلك، تأصيل الفقه الإسلامي لهذا الأصل. وذلك على النحو التالي:

---

(1)راجع : الدكتور مصطفى الرفاعي: " الإسلام نظام إنساني " ، دار مكتبة الحياة - بيروت - ط2، بدون تاريخ ، ص9 .

(2)سورة المائدة : الآية(3) .

(3)سورة الأنعام : الآية (38).

(4)سورة الأنعام : الآية (153) .

الفرع الأول

اتفاق أصل البراءة مع مقاصد التشريع الإسلامي

لا شك ان من مقاصد التشريع الإسلامي، أن تتحقق مصالح الناس في الدنيا والآخرة، او في العاجل والآجل. وفي ذلك يقول احد الفقهاء القدامى: " اعلم أن الله -سبحانه- لم يشرع حكما من احكامه، إلا لمصلحة عاجلة أو آجلة، تفضلاً منه على عباده"[1]. ومصالح الناس ليست على درجة واحدة، فهناك المقاصد الضرورية، وهي التي تقوم عليها حياة الناس الدينية والدنيوية، وإذا فقدت إحداها اختل نظام الحياة وفسدت مصالح الناس[2].

وتنحصر هذه المصالح الضرورية في نظر الشارع الإسلامي في خمسة اشياء، هي: الدين والنفس والعقل والنسل والمال. وكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة، عد مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول، عد مفسدة، ودفعها مصلحة[3]. ويأتي بعد ذلك من المصالح الحاجيات والتتمات والتكميلات[4].

ويمكن القول: إن أصل البراءة، هو من مقاصد التشريع الإسلامي، ومن المصالح الضرورية التي يجب الالتزام به، والمحافظة عليه، لأنه يحمي الحقوق والحريات التي كفلت النصوص حمايتها، فقد جاء في الحديث المتفق على صحته بين علماء الأمة، قال -صلى الله عليه وسلم-: "إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم..."[5].

وفي مجال حماية الأعراض، نذكر قوله صلى الله عليه وسلم: «.. يا معشر من قد أسلم بلسانه ولم يفض الإيمان إلى قلبه لا تؤذوا المسلمين ولا تعيروهم ولا تتبعوا عوراتهم، فإنه من تتبع عورة أخيه المسلم تتبع الله عورته ومن تتبع الله عورته

---

(1) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام، المتوفى سنة ٦٦٠هـ، دار الكتب العلمية، بيروت ص ٥٨.

(2) الدكتور محمد الزحيلي : " مقاصد الشريعة أساس لحقوق الإنسان " ، كتاب الأمة، صادر عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية- قطر ، العدد ٨٧ السنة الثانية والعشرون محرم ١٤٢٣هـ ، ص٨٠ . .

(3) المستصفى، للإمام ابي حامد محمد بن محمد (٤٥٠ هـ - ٥٠٥ هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت- الطبعة الأولى، ١٤١٣ هـ جـ١ ص ١٧٥.

(4) انظر تفصيلا : قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام ص٥٩. المستصفى، للإمام لغزالي ، ص ١٧٤ وما بعدها. الدكتور محمد الزحيلي : " مقاصد الشريعة أساس لحقوق الإنسان "، المرجع السابق، ص٨٢ .

(5) صحيح البخاري، رقم ٦٧، جـ١ ص ٣٧. صحيح مسلم، رقم ١٦٧٩، جـ٣، ص ١٣٠٥.

يفضحه ولو في جوف رحله »[1]. وقوله ﷺ: « من يتحقق في بيت قوم بغير إذنهم فقد حل لهم ان يفقئوا عينه ». قال العلماء: إن قوله ﷺ محمول على ما إذا نظر في بيت الرجل، فرماه بحصاة ففقأ عينه[2].

وليس أدل على ان اصل البراءة، من مقاصد التشريع الإسلامي، أن القرآن الكريم قد جاء فيه - كما بينا- آية عظيمة، هي قوله تعالى: ﴿ وَمَن يَكْسِبْ خَطِيئَةً أَوْ إِثْمًا ثُمَّ يَرْمِ بِهِ بَرِيئًا فَقَدِ احْتَمَلَ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴾[3]، وقد بينا في المقدمة ان هذه الآية تدعو إلى ضرورة حماية البراءة في كل إنسان من أن يصبها العدوان من قبل متعمد، أو مخطئ يريد أن يقذف بالجريمة شخصاً هو في الأصل بريء، مما يوحي معها أن البراءة هي أمر هائلٌ ثقيل الوزن في ميزان الله، فكان الغضب الإلهي للحق، والغيرة على العدل هو عنوان هذه الآية ،لأنّ رمي البريء بالجريمة في ذاته كبيرة، لما فيه من الاعتداء على حقّ الفرد. ولا عبرة بجنسية الشخص أو لونه او ديانته، فالآية القرآنية قد جاء في أسباب نزولها، أن المتهم كان يهودياً، "واسمه زيد ابن السمين". ورماه احد الأشخاص (طعمة بن ابيرق) بالسرقة، فنزلت لتحمي اصل البراءة في رجلٍ يهوديٍ، اتهم ظلماً، ولتدين الذين تآمروا علىٰ اتهامه،حتى وإن كانوا محسوبين على الجماعة المسلمة[4].

ومما يعزز من ذلك ايضاً، الأحاديث النبوية التي تصيغ نتائج هذا المبدأ في انصع صورة، حيث جاء في الحديث الشريف الذي أخرجه الترمذي والحاكم والبيهقي وغيرهم من حديث عائشة- رضي الله عنها-: قالَت: قال رسول الله ﷺ: « ادرَءُوا الحُدُودَ عَنْ الْمُسْلِمِينَ مَا استطَعْتُمْ فإن كَانَ لَهُ مَخرَجٌ فَخَلُّوا سَبِيلَهُ، فإن الإمام أنْ يُخطِئَ في الْعَفْوِ خَيرٌ مِنْ أنْ يُخطِئَ فِي الْعُقُوبَةِ »[5]. وقد روي عن غير واحد من الصحابة -رضي الله عنهم- انهم قالوا مثل ذلك. فقد روي عن ابن مسعود قال: قال

([1]) سنن الترمذي، رقم ٢٠٣٢، جـ٤، ص ٣٧٨.
([2]) شرح النووي على صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي- بيروت-، جـ ١٤، ص ١٣٨.
([3]) سورة النساء الآية : ١١٢.
([4]) راجع : تفسير الطبري، مرجع سابق،جـ ٥، ص ٢٦٥. فتح الباري، لابن حجر، جـ٥، ص ٢٦٣.
([5])رواه الترمذي مرفوعاواخرجه البيهقي عن عمر وعقبة بن عامر ومعاذ بن جبل موقوفاً ؛ والصواب الموقوف سنن الترمذي، للإمام محمد بن عيسى الترمذي، المتوفى سنة ٢٩٧ هـ دار إحياء التراث العربي،زاد المعاد جـ٥ ص٥٥، بدون سنة نشر، باب درء الحدود ، جـ ٤ ص٣٣.

رسول الله ﷺ: «ادْرَؤوا الْحُدُودَ بِالشُّبْهَةِ»، وهو موقوف حسن الإسناد، وأخرج الطبراني عنه موقوفاً: «ادْرَؤوا الْحُدُودَ وَالْقَتْلَ عَنْ عِبَادِ اللَّهِ مَا اسْتَطَعْتُمْ»[1].

وعن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «ادْفَعُوا الْحُدُودَ مَا وَجَدْتُمْ لَهَا مَدْفَعاً» رواه ابن ماجة[2].

وعن علي -رضي الله عنه- قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "ادرءوا الحدود بالشبهات"[3]

وقد عمل الصحابة رضوان الله عليهم، بهذه القاعدة بعد وفاة الرسول ﷺ، فيروى عن عمر بن الخطاب، انه قال: " لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلى من إن أقيمها بالشبهات"[4].

وهذه الأحاديث وإجماع علماء الأمة على الأخذ بها، تقطع - بما لا يدع مجالاً للشك- ان حماية اصل البراءة هو من مقاصد التشريع الجنائي الإسلامي، وقد رتب عليه عدة نتائج، أهمها " درء الحدود بالشبهات "، بمعنى أن الشك يفسر لمصلحة المتهم"ومبدا تفضيل الخطأ في العفو عن الخطأ في العقوبة"[5].

ويظهر من ذلك، ان الإنسان لا يتحول من أصل البراءة إلى حالة الإدانة - التي تناقض هذا الأصل- إلا إذا ثبت ارتكابه للفعل المؤثم ثبوتا يقينياً من خلال ادلة قاطعة لا تقبل الشك. ويحض التشريع الإسلامي على معاملته على هذا الأساس والمحافظة عليه، ودرء ما يمسه، إذا لم يصل الدليل إلى درجة اليقين،لأن اليقين لا يُزال

---

(1)اخرجه ابن ماجة، في كتاب الحدود، باب الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات جـ ٢ ص٨٥٠، برقم (٢٥٤٥)، " ادرءوا الحد و القتل عن المسلمين ما استطعتم " وهو جيد الإسناد ". وضعفه ابن حزم في المحلى جـ١٢،ص٥٩، وفي كشف الخفاء، إسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي المتوفى سنة ١١٦٢ هـ دار الكتب العلمية بيروت - لبنان جـ١ ، ص ٧١، ٧٢. وفي التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، لابن حجر مؤسسة قرطبة، جـ ٥ ، ص ١٣٧، في إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل للألباني ، المكتب الإسلامي - بيروت ، الطبعة : الثانية - ١٤٠٥ - ١٩٨٥ جـ ، ص٢٥و٢٦. والراجح أنه جيد الإسناد.

(2)نيل الأوطار، للإمام محمد بن على بن محمد الشوكاني ، المتوفى ١٢٥٥هـ ، دار الجيل بيروت ١٩٧٣ جـ٧ ،ص٢٧٦.

(3)اخرجه الترمذي في ابواب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود ،جـ ٤ ، ص ٥٧٢. ، وضعفه ابن حزم في المحلى، جـ١٢ ، ص ٥٩و ١٨٧.

(4) نيل الأوطار ، جـ ٧، ص٢٧٢ ، نصب الراية للإمام عبد الله بن يوسف ابو محمد الحنفي الزيلعي ، المتوفى ٧٦٢ هـ ، دار الحديث مصر ١٣٥٧ ، جـ٣ ص٣٣٣.

(5)سوف تكون هذه القاعدة محل دراسة مستفيضة في دراستنا اللاحقة.

بالشك، واليقين تعبير عن الحقيقة، بينما الظن لا يخلو من الإثم[1].﴿ وإِنَّ الظَّنَّ لا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾[2].

و أصل البراءة طبق على كل إنسان يمكن اتهامه في ارتكاب جريمة. والأدل على ذلك التهمة التي وجهت لجماعة من اليهود في عهد رسول الله ﷺ بقتلهم عبد الله بن سهل، وذلك حينما وجد قتيلاً في ساقية من سواقي خيبر، فاتهموا اليهود بقتله، فجاء إخوة عبد الله بن سهل وابنا عمه، إلى رسول الله ﷺ فتكلم أحد عميه - الأكبر سنا -، قال يا رسول الله: إنا وجدنا عبد الله قتيلاً في ساقية من سواقي خيبر. فذكر عداوة اليهود لهم. قال: يحلف خمسون من اليهود أنهم لم يقتلوه. قالوا: كيف نرضى بأيمانهم وهم مشركون؟ قال فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه؟ قالوا: أنقسم على ما لم نر؟ فدفع رسول الله ﷺ ديته من عنده مائة ناقة[3].

ويستدل من هذه الواقعة أن الرسول ﷺ لم يؤاخذ المتهم وهم هنا اليهود بجريمة القتل مع توافر القرائن التي تشير إلى أنهم هم الذين قتلوه لما عرف عنهم من عداوة وغدر، ولكن نظراً لعدم توافر الأدلة اليقينية على ارتكابهم الجرم، فقد كان ذلك مدعاة لعدم مؤاخذتهم ،عملاً بأصل البراءة في المتهم.

الفرع الثاني

تكريس الفقه الإسلامي لأصل البراءة

لقد كرس فقهاء الشريعة الإسلامية مبدأ البراءة في المتهم وأولوه عناية فائقة، ويرجع اهتمامهم بهذا المبدأ إلى التثبت في إثبات الجرائم بكافة أنواعها، سواء ما كان منها من قبيل الحدود والقصاص، أو ما كان منها من قبيل التعازير، وذلك كي لا يقع تحت طائلة العقاب إنسان لم يرتكب جرماً[4].

ولا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في أن مبدأ البراءة في التشريع الإسلامي يرتد إلى قاعدة أصولية هامة، هي قاعدة استصحاب الحال، باعتبارها أحد مصادر

---

(1) الدكتور عمر الفاروق الحسيني: " مدى تعبير الحكم بالإدانة غير الصادر بالإجماع عن الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي ، الطبعة الثانية ١٩٩٥ ، ص٥٢ .

(2) سورة يونس: الآية٣٦.

(3) راجع الصحيحين : صحيح البخاري جـ ٦ ص ٢٦٣٠ ، صحيح مسلم جـ ٣ ص ١٢٩٢.

(4) الدكتور سامح السيد أحمد جاد: " حدود سلطة القاضي الجنائي في تفسير دليل الإدانة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي المصري والإماراتي " ، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون الصادرة عن كلية شرطة دبي ، السنة الخامسة ، العدد الأول - شعبان ١٤١٧ هـ - يناير ١٩٩٧ م ص ٢٩٤.

الأحكام الشرعية لدى غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية، وهو اصل من الأصول التي يجري عليه كثير من الأحكام.

ولا مندوحة من عرض هذه القاعدة الشرعية الهامة- على نحو موجز- وتعريف الفقهاء لها. وحجية الأخذ بها. وما يبنى عليها من قواعد وفي مقدمتها اصل البراءة . وذلك على النحو التالي:

أولا: مفهوم الاستصحاب:

الاستصحاب في اللغة: طلب الصحبة، يقال: استصحبه، إذا دعاه إلى الصحبة ولازمه. فكل شيء لازم شيئاً آخر، فقد استصحبه . فتقول استصحبت الحال، إذا تمسكت بما كان ثابتاً، كأنك جعلت تلك الحالة مصاحبة غير مفارقة[1].

وأما الاستصحاب اصطلاحاً: فقد تعددت عبارات الأصوليين بشأن وضع تعريف محدد له. فقد عرفه ابن القيم بأنه:" استدامة إثبات ما يكون ثابتاً، أو نفي ما يكون منفياً، وهذه الاستدامة تثبت لعدم وجود دليل مغير"[2]. وقد عرفه الإمام الشوكاني: " بأن ما ثبت في الزمن الماضي، فالأصل بقاؤه في الزمن المستقبل، وهو مأخوذ من المصاحبة، وهو بقاء ذلك الأمر ما لم يوجد ما يغيره"[3].

ويتضح لنا من سرد التعريفات السابقة التي قال بها الفقهاء القدامى- رحمهم الله- وعلى نفس مسلكهم سار الفقهاء المحدثين، أنها كلها تعبر عن مفهوم واحد للاستصحاب، **وهو بقاء الحال على ما كان عليه في الزمن الماضي، حتى يثبت بالدليل ما يغيره ، وعلى من يدعى تغيير الحال، أن يثبت ما يدعيه**،بمعنى ان كل أمر علم وجوده، ثم حصل الشك في عدمه، فإنه يحكم ببقائه استصحاباً لذلك الوجود، حتى يقوم دليل على تغيير الحال، وكذلك كل أمر علم عدمه، ثم حصل الشك في وجوده. فإنه يحكم بعدمه استصحاباً لذلك العدم، إلى ان يقوم دليل على تغيير الحال.

ثانيا : أوجه الاستصحاب :

يتخذ استصحاب الحال اوجه متعددة[4]، وابادر إلى القول بان المقام لا يتسع

---

(1) راجع: لسان العرب لابن منظور .جـ ٤، ص٢٤٠١. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، جـ١، ص ٥٠٧.
(2) إعلام الموقعين : لابن القيم الجوزية " محمد بن أبي بكر بن أيوب الدمشقي ، جـ١ ص٣٣٩.
(3) إرشاد الفحول: للإمام الشوكاني ، مرجع سابق ص ٣٦٩.
(4) هناك خمسة أنواع للاستصحاب هي :
١- استصحاب حكم الإباحة الأصلية للأشياء التي لم يرد دليل على تحريمها، ومعنى هذا أن المقرر عند-

لذكر كافة ضروب الاستصحاب، وتقسيماته، وتفريعاته التي قال بها فقهاء الشريعة الإسلامية، وتمحيص ما اتفق عليه، وما اختلف فيه بهذا الخصوص،كونها تبتعد بنا عن نطاق البحث.

وسوف اكتفي ببيان وجهين أساسين يكاد يجمع عليها الفقهاء، ويترتب عليهما مجموعة من المبادئ. منها، أن الأصل براءة الذمة والأصل في الأشياء الإباحة، وذلك على النحو التالي:

١- استصحاب البراءة الأصلية بحكم دل عليه العقل:

هذا الوجه من وجوه الاستصحاب أطلق عليه طائفة من الفقهاء والأصوليين "استصحاب الحكم المعلوم بدليل العقل"[1] ،حيث العقل قد دل على براءة الذمة عن الواجبات، وسقوط الحرج عن الخلق، في الحركات والسكنات قبل بعثة الرسل -عليهم السلام-، وانتفاء الأحكام معلوم بدليل العقل، قبل ورود السمع، وتأييدهم بالمعجزات، ونحن على استصحاب ذلك، إلى أن يرد السمع"[2] . ويسميه طائفة أخرى من الفقهاء و الأصوليين: " استصحاب العدم أو استصحاب البراءة الأصلية"[3] .

وعلى هذا، فإن التسمية لا تخرج عن معنى واحد، مفاده: أن الأصل

- جمهور الأصوليين بعد ورود الشرع: هو أن الأصل في الأشياء النافعة التي لم يرد فيها من الشرع حكم معين هو الإباحة، كما أن الأصل في الأشياء الضارة هو الحرمة.
٢- استصحاب العموم إلى أن يرد تخصيص أو استصحاب النص إلى أن يرد نسخ.
٣- استصحاب ما دل العقل والشرع على ثبوته ودوامه، وقد تم التعبير عنه باستصحاب الوصف المثبت للحكم حتى يثبت خلافه كالملك، عند وجود سببه، وهو العقد أو الوراثة، أو غيرهما من أسباب الملك.
٤- استصحاب العدم الأصلي المعلوم بالعقل في الأحكام الشرعية أي انتفاء الأحكام السمعية في حقنا قبل ورود الشرع، كالحكم ببراءة الذمة من التكاليف الشرعية حتى يوجد دليل شرعي يدل على التكليف ويسمى هذا بالبراءة الأصلية.
٥- استصحاب حكم ثابت بالإجماع في محل الخلاف بين العلماء مثاله: إجماع الفقهاء على صحة الصلاة عند فقد الماء، فإذا أتم المتيمم الصلاة قبل رؤية الماء صحت الصلاة.
راجع: الدكتور وهبة الزحيلي: " أصول الفقه الإسلامي" ، دار الفكر، طبعة اولى ، جـ٢ ، ص٨٦٠ وما بعدها. . الدكتور إبراهيم عطية محمود قنديل: " استصحاب الحال ومدى تأثيره في الفروع الفقهية"، المرجع السابق، ص ٢٤٤ وما بعدها.

[1] اللمع في أصول الفقه ، " ابو إسحاق إبراهيم على الشيرازي "، المتوفى ٤٧٦ هـ ، دار الكتب العلمية — بيروت ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥م ، ط١ جا ص١٢٢ . كتاب الإبهاج للإمام على بن عبد الكافي السبكي المتوفى ٧٥٦هـ ، دار الكتب العلمية بيروت ، إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، الإمام محمد بن على الشوكاني ، مرجع سابق ، ص٣٩٨

[2] المستصفى ، الإمام محمد بن محمد الغزالي ، مرجع سابق، جا ص ١٥٩ .

[3] المستصفى ، الإمام الغزالي ، جا ص ١٥٩ . إعلام الموقعين عن ربي العالمين ، لابن القيم الجوزية، مرجع سابق، جا ، ص ٣٣٩.

براءة الذمة حتى يكون هناك دليل يدل على عكس ذلك، لأن العقل يحكم ببراءة الذمة، حتى يوجد دليل يدل على شغلها[1].

وفي هذا الصدد ضرب الإمام ابن حزم الظاهري مثلاً لذلك، بقوله: " كذلك نقول: لمن ادعى أن فلاناً قد حل دمه بردة، أو زنى: عهدناه بريئا من كل ذلك، فهو على السلامة، حتى يصح الدليل على ما تدعيه، وكذلك نقول لمن ادعى أن فلاناً العدل قد فسق، أو أن فلاناً الفاسق قد تعدل، أو أن الحي قد مات، أو أن فلانة قد تزوجها فلان ،أو أن فلاناً قد زال ملكه عما كان يملك، أو أن فلاناً قد ملك ما لم يكن يملكه...، وهكذا بقاء كل شيء على ما كان عليه، حتى يثبت خلافه"[2].

وهذا النوع من الاستصحاب دل عليه القرآن الكريم في آيات عديدة، منها قوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَن جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانتَهَىٰ فَلَهُ مَا سَلَفَ ﴾[3]. ووجه الاستدلال: أنه لما نزل تحريم الخمر، خافوا من الأحوال المكتسبة من الربا قبل التحريم، فبينت الآية الكريمة أن ما اكتسبوه من الربا قبل التحريم على البراءة الأصلية، حلال لهم، ولا حرج عليهم فيه[4].

وقد اختلف الفقهاء حول حكم الأفعال التي تصدر عن المكلفين قبل ورود الشرع وهل هي على الإباحة أم لا؟إلى عدة اتجاهات وذلك على النحو التالي:

الاتجاه الأول: ذهب إلى أن الأصل في الأشياء النافعة الإباحة، وفي الأشياء الضارة المنع والحرمة[5].

والاتجاه الثاني: يرى أن الأصل في الأشياء الحرمة مطلقاً[6].

والاتجاه الثالث: يرى أن الأصل في الأشياء الإباحة مطلقاً، حتى يرد الشارع مغيراً

---

(1) انظر : الدكتور ابراهيم عطية محمود قنديل: " استصحاب الحال... "، مرجع سابق، ص٢٥٦.
(2) الإحكام في أصول الأحكام ، على بن احمد بن حزم الأندلسي " الظاهري" ، ٣٨٣هـ-٤٥٦هـ ، دار الحديث - القاهرة- ، ١٤٠٤هـ ، جـ ٥، ص ٦.
(3) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.
(4) الدكتور ابراهيم عطية محمود قنديل: " استصحاب الحال.."، مرجع سابق، ص ٢٥٦.
(5) المحصول في الأصول، محمد بن عمر بن الحسن فخر الدين الرازي ، ٥٤٤هـ -٦٠٦هـ ، نشر جامعة الإمام محمد بن سعود - الرياض -، ١٤٠٠هـ ، جـ ٦ ، ص ١٤٨.
(6) راجع : الدكتور ابراهيم عطية محمود قنديل: " استصحاب الحال.."، المرجع السابق، ص ٢٥٩.

ما لم يكن الفعل ضاراً من خلال استقباحه عقلاً[1].

ويكاد يتفق الاتجاه الأول مع الاتجاه الثالث في ان الأصل في الأشياء الإباحة -وهو ما نرجحه-، وقد استدلوا في ذلك بأدلة كثيرة ومنها قوله تعالى: ﴿ هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾[2].وقوله تعالى : ﴿ أَلَمْ تَرَوْا أَنَّ ٱللَّهَ سَخَّرَ لَكُم مَّا فِى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَمَا فِى ٱلْأَرْضِ وَأَسْبَغَ عَلَيْكُمْ نِعَمَهُۥ ظَٰهِرَةً وَبَاطِنَةً .﴾[3]. ووجه الاستدلال، ان هاتين الآيتين قد اجازتا الانتفاع بجميع الأشياء التي لم يرد بها تحريم، وإنه لا يتصور أن تكون هذه الأشياء مخلوقة لنا ومسخرة لنا وهي محرمة علينا[4].

و هذا الوجه من وجوه الاستصحاب يقابله في القوانين الوضعية مبدأ شرعية التجريم والعقاب في القوانين الوضعية.على ما سنبينه في ختام هذا الفصل.

٢- استصحاب حكم دل الشرع على ثبوته ودوامه :

معنى ذلك، ان ما ثبت نصاً في الزمن الماضي، فالأصل بقاء حكمه في المستقبل حتى يوجد الدليل على انتفائه، من تخصيص، أو نسخ ، فالعموم يُستصحب، إلى أن يرد ما يخصصه، وكذلك العمل بالنص، إلى أن يرد ما ينسخه.

وفي هذا الشأن، قال الإمام الشوكاني- رحمه الله-: " استصحاب الدليل مع احتمال المعارض، إما تخصيصاً، إن كان الدليل ظاهراً، وإما نسخاً، إن كان الدليل نصا، فهذا أمر معمول به إجماعا.."[5]

ومن الأمثلة التي يسوقها الفقهاء لاستصحاب دليل الشرع، استصحاب قيام الملكية الثابتة بسبب شرعي من اسباب التملك، كالشراء، أو الإرث، ونحوه، حيث يظل هذا الملك قائماً حتى يقوم الدليل على انتفائه، بسبب طارئ. وكذلك بقاء الزوجية

([1]) انظر: الإبهاج في شرح المنهاج ، على بن عبد الكافي السبكي ، المتوفى ٧٥٦هـ ، دار الكتب العلمية -بيروت - ١٤٠٤ هـ ط١ ، ج١ ، ص ١٣٧.

([2]) سورة البقرة : الآية ٢٩ .

([3]) سورة لقمان : الآية ٢٠ .

([4])الدكتور يوسف محمود قاسم، " البراءة الأصلية اساسها وتطبيقاتها العملية في الدراسات الشرعية والقانونية " ، مرجع سابق ، ص ١٨.

([5])إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، للإمام محمد بن على بن محمد الشوكاني ، ١١٧٣ - ١٢٥٠ هـ دار الفكر - بيروت ، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م ط١ ص ٣٩٨.

الثابتة بعقد إلى ان يقوم الدليل على حصول الفرقة[١].

ويختلف هذا الوجه من الاستصحاب عن الوجه الأول في ان الحكم المستصحب - هنا- قد ثبت بدليل شرعي، حتى يرد التخصيص، او النسخ ، أما في استصحاب البراءة الأصلية، فإن الحكم قد يكون ثابتاً بالبراءة الأصلية، او بالأصل في الأشياء وهو الإباحة، وهذان المصدران لإثبات الحكم، هما من دلالة العقل، وليس من دلالة الشرع[٢]

ثالثاً : نتائج قاعدة الاستصحاب عند الفقهاء :

استخلص الأصوليون[٣] من قاعدة الاستصحاب، عدة تطبيقات، ومن اهم التطبيقات التي استخلصها الفقهاء من قاعدة الاستصحاب:

١- أن الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على انتفائها :

وطبق فقهاء الأصول هذه القاعدة في حالتين:

الحالة الأولى : رفع التكاليف التعبدية لمن لم تبلغه الدعوة :

حيث إن الإنسان الذي لم تبلغه الدعوة، غير مكلف بأي عبادة وغير مسئول مطلقا عن شيء من العبادات، إلا حين تبلغه دعوة الإسلام، عملاً بقوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾[٤]. فالله سبحانه وتعالى، أجل وارحم من ان يعذب إنسناً لم تبلغه دعوة الإسلام، " ولا يظلم ربك أحدا"[٥].

وقد أثير التساؤل عن حكم من يدعي أنه يجهل حكماً معينا بحجة أنه لم يبلغه.

واجاب على ذلك الفقهاء بقولهم[٦]: إن ادعاء الجهل في دار الإسلام امر غير مقبول،لأن الشخص مطالب ان يتعلم حتى لا يجهل لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: ، طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة،[٧].كما أن الإنسان باستطاعته

---

(١) راجع : المستصفى، للغزالي، جـ١ ، ص ١٦٠. إرشاد الفحول، للشوكاني، ص٣٩٨. الإبهاج في شرح المنهاج ، على بن عبد الكافي السبكي ، جـ٣ ص١٦٨.

(٢) الدكتور ابراهيم عطية محمود قنديل: " استصحاب الحال.."، المرجع السابق، ص ٢٦٥.

(٣) الدكتور ابراهيم عطية محمود قنديل: ، المرجع السابق نفسه، ص ٢٣٦و ٢٦٦.

(٤) سورة الإسراء: الآية١٥.

(٥) انظر : الدكتور ابراهيم عطية محمود قنديل: المرجع السابق نفسه، ص ٢٣٦و ٢٦٦.

(٦) انظر: الدكتور يوسف محمود قاسم: " أصول الأحكام الشرعية"، ط١٩٩٤، ص٦٠ وما بعدها.

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي ، جـ١، ص ٢.

ان يسأل، قال تعالى :﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾[1]. فمن اقام في بلاد الإسلام بين اهله فلا تخفى عليه الأحكام ولا يعذر في فعله[2].

الحالة الثانية : أن اليقين لا يزول بالشك[3].

وتعني هذه القاعدة، أن من تيقن أمراً -وهو المعلوم الثابت - ثم خالطه شك او تردد، فإن الأصل ان يظل اليقين، كما هو ثابتاً ومستقراً، لا يؤثر فيه الشك او التردد[4]. فلو شك إنسان في الطهارة - مثلاً-، فالأصل بقاؤه على الطهارة، لأنها هي المتيقنة[5]. ولو شك في امرأة هل تزوجها ام لا، لم يكن له وطؤها، استصحابا لحكم التحريم إلى أن يتحقق تزوجه بها[6]. وبالعكس إذا شك هل طلق أم لا، لم تطلق،لأن النكاح ثابت بيقين فلا يزول بالشك[7].

وهذه القاعدة التي استخلصها الفقه من الاستصحاب لا تطبق في مجال العبادات فحسب، وإنما تطبق في مجالات أوسع فتشمل المعاملات أو الدعاوى الجنائية أو المدنية. فهي تختزل جميع القواعد التي استخلصها فقهاء الأصول من قاعدة الاستصحاب[8].

٢- الأصل براءة الذمة :

من القواعد التي استخلصها فقهاء الأصول"[9] من قاعدة استصحاب الحال ان " الأصل براءة الذمة"[10]، فكل شخص يولد في الأساس وذمته بريئة وشغلها يحصل

([1]) سورة النحل: الآية ٤٣

([2])راجع: المغني، موفق الدين محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي، ٥٤١-٦٢٠هـ دار الفكر - بيروت- ١٤٠٥هـ الطبعة الأولى، جـ ٨ ص: ٢٨٧.

([3])راجع: إعانة الطالبين، للسيد البكري الدمياطي، دار الفكر بيروت ، بدون سنة نشر جـ١ ،ص ١٠٥.

([4]) سوف تناقش هذه القاعدة في دراستنا اللاحقة.

([5]) مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر -بيروت-،جـ١ ص ٣٩.

([6])المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لابن بدران،المتوفى سنة ١٣٤٦ هـ ،مؤسسة الرسالة - بيروت-، ١٤٠١هـ الطبعة الثانية تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، جـ١ ص ٢٩٨

([7]) المبدع،لابن مفلح، جـ ٧ ، ص ٣٨٠.

([8])راجع: الدكتور سامح السيد أحمد جاد: " حدود سلطة القاضي الجنائي في تفسير دليل الإدانة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي المصري والإماراتي "، مرجع سابق، ص٢٩٩.

([9])وهذه القاعدة كما أنها تحكم المعاملات المدنية، فهي في ذات الوقت تحكم المسائل الجنائية. انظر الباب الرابع.

([10]) انظر : احكام القرآن للجصاص،احمد بن على الرازي الجصاص،(٣٠٥ - ٣٧٠ هـ)، دار إحياء التراث العربي بيروت، ١٤٠٥ ه ، جـ١ ، ص ٢٨٨. المبدع، لابن مفلح، جـ ٢، ص ٣٩١. المغني، لابن قدامة المقدسي، جـ٣ ص ١٦٦،جـ٧ ، ص ٣١٩و٤٠٧. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي، جـ٣، ص١٧٣. المهذب للشيرازي ،دار الفكر -بيروت- ،جـ ٢ ، ص ٢١٤- ٢١٧.

بعد ذلك، وعلى كل من يدعي خلاف ذلك يطلب منه البرهان والدليل على ذلك،لأن الأصل براءة الذمة، فلا يشغلها إلا بدليل[1].

ورتب فقهاء الشريعة الإسلامية على هذه القاعدة الفقهيـة، قاعدة عامة أخرى تحكم المنازعات المدنية، وهي قاعدة ٠" البينـة على المدعي واليـمين على مـن أنكـر". وهذه القاعدة تجد أساسها في قـول الرسـول ﷺ: « لـو يعطـى النـاس بـدعواهم لادعـى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليـه». وفي روايـة:« البينـة على المدعي واليمين على من انكر»[2].

وفي قـصة الأشـعث بـن قـيس، ورجـل مـن اليهـود، تنازعـا علـى ارض، فجحـده اليهودي، فقـدم الأشعث إلى الـنبي صـلى الله عليـه وسـلم، فقـال لـه رسـول الله ﷺ:" الـك بينـة" قال:لا، فقال: لليهودي احلف[3]. ونستدل من ذلك أن الأصـل بـراءة الذمـة، ومـن يدعي امراً عليه إثباته.

وبرر بعض الفقهاء ان الحكمة في كـون البينـة علـى المـدعي هـي في " ان جانـب المدعي ضعيف، لأنه يدعي خلاف الظاهر، فكُلِّف الحجة القوية وهي البينة فيقوى بها ضعف المـدعي، وجانـب المـدعى عليـه قـوي؛ لأن الأصـل بـراءة ذمتـه، فـاكتفي منـه باليمين وهي حجة كمال[4].

وتطبيقاً لذلك، من يدعي أنه دائن لغيره، يكون عليه، أن يثبت ما يدعيـه؛ ذلـك، انه يدعي امراً يخالف الثابت اصلاً. فالأصـل هـو بـراءة الذمـة مـن كـل التـزام، او ايـة مسئولية مدنية، ما لم يقم الدليل عليها، فإذا ما توصل الـدائن إلى إثبـات أن حقـه قـد نشأ في ذمة المدين تعتبر ذمته مشغولة بالدين[5].

وهذه القاعدة هي أعم من أن تختص بها المسائل المدنيـة؛ فهي قاعـدة تـسري ايضاً على المسائل الجنائية، والإدارية فهي تعني بـراءة كـل شـخص مـن كـل التـزام

(1) المبدع شرح المقنع، لإبراهيم بن محمد بن عبدا الله بن مفلح الحنبلي(٨١٦ - ٨٨٤هـ)، المكتب الإسلامي بيروت، ١٤٠٠ هـ، جـ٣، ص ١٨٥.جـ ١٠، ص٨٦.

(2) صحيح مسلم، جـ٣، ص١٣٣٦.

(3) صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري، مرجع سابق. جـ ٢ ص ٩٤٨

(4) سبل السلام، الأمير محمد بن إسماعيل الصنعاني، (٧٧٣ - ٨٥٢هـ)، دار إحياء التراث العربي بيروت، ١٣٧٩ هـ طـ٤، جـ٤، ص ١٣٢.

(5) الدكتور يوسف محمود قاسم، البراءة الأصلية أساسها وتطبيقاتها العملية في الدراسات الشرعية والقانونية، مرجع سابق، ص ٢٧.

او اية مسئولية مدنية، او جنائية، او تاديبية ما لم يقم الدليل عليها بوجه اليقين[1].

٣- **الأصل في الإنسان البراءة:** ما دام ان الأصل براءة الذمة، فإن كل إنسان باقٍ على هذا الأصل حتى يثبت ما يغيره، ولا ينتفي عنه هذا الأصل إلا بدليل يقيني: ويترتب على هذه القاعدة التي ترتد في الأساس إلى قاعدة الاستصحاب، ان كل من يتهم بارتكاب جريمة ما، فهو على البراءة الأصلية باقٍ ، حتى تثبت إدانته على وجه اليقين.

ونخلص مما سبق إلى أن التشريع الإسلامي كان له قصب السبق في إرساء دعائم اصل البراءة وطبقه في كافة المجالات.

المبحث الثالث

التطور التاريخي لأصل البراءة في النظم الإجرائية الوضعية

يمكن القول بأن احترام أصل البراءة، قد ارتبط قديماً بطبيعة النظم الإجرائية التي كانت تمر بها الخصومة الجنائية، والتي كانت سائدة في المجتمعات المختلفة، حيث انعكست هذه النظم في بلورة هذا الحق[2].

والنظم القانونية السائدة في التشريعات الإجرائية، عبر عصور التاريخ المختلفة كانت تتمثل في نظامين رئيسين هما: النظام الاتهامي، ونظام التحري والتنقيب.

وسوف أتناول هذين النظامين لتأثيرهما على حق المتهم في أصل البراءة. مع الوضع في الاعتبار، انني سوف اقتصر على ما يفيد الموضوع دون الإغراق، في تفاصيل ليست محلاً لدراستنا.

الجدير بالذكر، أن الغالبية العظمى من الأنظمة القانونية المعاصرة لم تعد تأخذ بالنظام الاتهامي، أو نظام التنقيب والتحري على إطلاقهما، بل تم استحداث نظام جديد سمي بالنظام المختلط، الذي يجمع بين مزايا النظامين، ويتفادى عيوب كل منهما.

وفيما يلي نبين مظاهر احترام النظام الاتهامي لأصل البراءة في مطلب أول. ثم في

---

(١)العديد من القوانين الحديثة قد اخذت بهذه القاعدة ومنها قانون الإثبات اليمني رقم ٢١ لسنة ١٩٩٢ وتعديلاته لسنة ١٩٩٦إذ تنص المادة الثانية منه، ان " على الدائن إثبات الحق وعلى المدين إثبات التخلص منه، وتكون البينة على المدعي واليمين على من أنكر". وجاء في المادة الأولى من قانون الإثبات المصري الصادر برقم ٢٥ في ٣٠ مايو سنة ١٩٦٨، بأن: " على الدائن إثبات الالتزام، وعلى المدين إثبات التخلص منه ". مجموعة القوانين المدنية الموضوعية والإجرائية، الكتاب الثالث، الطبعة الأولى ٢٠٠٢.ص ٢٥٢.

(٢)استاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور : " القانون الجنائي الدستوري " ، مرجع سابق ،ص٢٤٨.

مطلب ثانٍ نتناول مظاهر احترام النظام التنقيبي لأصل البراءة وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

أصل البراءة في ظل النظام الاتهامي

يعد النظام الاتهامي Le système Accusatoire من اقدم الأنظمة الإجرائية التي ظهرت وطبقت.

وفي ظل هذا النظام، كانت الدعوى الجنائية مجرد نزاع شخصي بين خصمين، هما المتهم والمجني عليه. ويقضي بينهما قاضٍ محايد، يكون بمثابة حكم مختار برضا الطرفين، ويقتصر دوره على فحص الأدلة التي يقدمها الخصوم، وترجيح جانب احدهما على الآخر.

وضمانا لحيدة القاضي عند الفصل في النزاع كانت الإجراءات تتسم بالعلانية والشفوية والحضورية[1]. ويعتبر النظام الاتهامي من أكثر الأنظمة مراعاة لأصل البراءة.

وعلى هذا الأساس، سوف نعرض للتطور التاريخي للنظام الاتهامي ومدى احترامه لأصل البراءة في المجتمعات القديمة، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

في العصر الفرعوني

تضرب الحضارة الفرعونية بجذورها عبر حقبة تمتد إلى سبعة آلاف عام عرفت فيه جميع صنوف العلم والمعرفة والتدين منذ القدم، فكانت العقيدة الدينية هي الضابط للسلطة الفرعونية، فوجهتها نحو تحقيق الخير العام. ومن بدهيات تحقيق الخير، إقامة العدل بين الناس وضمان حقوق الأفراد، والسهر على مصالحهم

---

(1) للمزيد حول هذا النظام انظر: الدكتور محمد مصطفى القللي: "اصول تحقيق الجنايات"، ط٣ ١٩٤٥، ص٤. استاذنا الدكتور. محمد ابو العلا عقيدة: " شرح قانون الإجراءات الجنائية"، ط٢، ٢٠٠١ص٢٤ وما بعدها. الدكتور هلالي عبد اللاه احمد: " المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي "، دار النهضة العربية، ط٢ ١٩٨٦، ص٨٦، ٨٧. والمراجع المشار اليها في الهامش. الدكتور احمد عوض بلال: " التطبيقات المعاصرة للنظام الاتهامي في القانون الأنجلوامريكي "، دار النهضة العربية،١٩٩٢- ١٩٩٣، ص٩ وما بعدها. الدكتور عبد الرءوف مهدي: " شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية"، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص٤٥ وما بعدها.

والعمل على حمايتهم[1]. وانعكس ذلك على التشريعات القانونية، حيث كانت متفقة مع مبادئ العدالة والحق[2].

والتساؤل المثار في هذا الصدد هو: ما إذا كان قدماء المصريين قد أخذوا بالنظام الاتهامي، وبالتالي طبقوا أصل البراءة في المتهم أم لا؟

وللإجابة عن ذلك، هناك رأيان لدى المؤرخين ورجال الفقه هما:

الرأي الأول: ذهب إلى أن قدماء المصريين قد عرفوا النظام الاتهامي، حيث كان كل طرف من أطراف الدعوى يستدعي شهوده ويقيم الدليل على صحة ادعائه، وكان على الشهود أداء اليمين في شكل رسمي معين، وكان يباح للمتهم ممارسة حقه في الدفاع، سواء بنفسه، أو بواسطة وكيل ينوب عنه، وذلك بأن يرد على أدلة خصمه ويفندها، إما بالإنكار، وإما ببيان أنها ليست أفعالاً جنائية، ثم يقدم المدعي مذكرة أخرى يرد بها على المدعى عليه، ويترك بعد ذلك للمحكمة مهمة فحص الأدلة، والحجج، وذلك في جلسة علنية، وفي حضور الخصوم[3].

وكل تلك المظاهر توحي باحترام أصل البراءة في المتهم.

والرأي الثاني: ذهب إلى أنه برغم تطور الفكر الإجرائي في مصر الفرعونية فإنه بسبب استغلال الدين من قبل بعض الكهنة؛ بقصد بسط نفوذهم ظهرت إجراءات تمس بأصل البراءة، ومن ذلك قيام رئيس الكهنة بإحضار المتهم، ووضعه أمام تمثال الإله آمون، ثم يقوم رئيس الكهنة بسرد وقائع التهمة أمام التمثال، ويسأله فيما إذا كان المتهم بريئاً أم مداناً[4]، وكان المتهم إذا أقر بالجرم قدم إلى المحاكمة، أما إذا

---

(1) انظر: الدكتور محمود السقا: " معالم تاريخ القانون المصري الفرعوني، طبعة ١٩٧٠، مكتبة القاهرة الحديثة، ص٤٠ وما بعدها.

(2) الدكتور السيد عبد الحميد فوده: " حقوق الإنسان بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الإسلامية"، دار الفكر الجامعي- الإسكندرية- ٢٠٠٢، ص٦٩.

(3) الدكتور عبد الوهاب العشماوي:" الاتهام الفردي أو حق الفرد في الخصومة "، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ١٩٥٣، ص ١٦. الدكتور رءوف عبيد: " بحث في القضاء الجنائي عند الفراعنة "، المجلة الجنائية القومية، العدد الثالث، ١٩٥٨، ص٦٧. الدكتور أحمد سعيد صوان:" قرينة البراءة وأهم نتائجها في المجال الجنائي رسالة دكتوراه جامعة الأزهر، ١٤٠٠هـ- ١٩٨٠ م، ص١٠١. الدكتور هلالي عبد اللاه أحمد: " المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي -، مرجع سابق، ص ١٠٠.

(4) الدكتور زكي عبد المتعال: " تاريخ النظم السياسية والقانونية والاقتصادية على الأخص من الوجهة المصرية"، مطبعة نوري - القاهرة- ١٩٣٥، ص ٢٣٩ وما بعدها.

أنكر فيتم تعذيبه، حتى يقر بالجريمة، ثم يقدم للمحاكمة[1]. ولهذا قيل: إن قدماء المصريين مارسوا التعذيب، حيث اعتبروه وسيلة قانونية للتحقيق، كما انهم عرفوا نظام الحبس الاحتياطي الذي قد يمتد إلى حين إصدار الحكم في الدعوى[2].

ونخلص مما سبق إلى أن قدماء المصريين في مراحلهم التاريخية القديمة، عرفوا النظام الاتهامي، وبالتالي عرفوا بعض نتائج أصل البراءة، فيما يتعلق بعبء الإثبات حيث كان عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي، وكان حق الدفاع مكفول للمتهم. وفي حقب تاريخية أخرى حدثت انتكاسة لهذا المبدأ، عندما اتخذ التعذيب وسيلة للحصول على الإدانة.

الفرع الثاني

بلاد ما بين النهرين

تعد شرائع ما بين النهرين، أو بلاد الرافدين" العراق حاليا" أول شرائع مكتوبة في تاريخ البشرية، وضعت لإقامة الحق والعدل، وذلك في الفترة بين "١٧٢٨-١٦٨٦ق.م"ومن أهم التشريعات التي ظهرت قديما، قانون لبت عشتار، وقانون حمورابي[3].

والمتتبع لنصوص هذين التشريعين، يدرك بجلاء، أنهما من أول الشرائع التي عبرت عن أصل البراءة في المتهم[4]. فوفقاً لقانون لبت عشتار لم يكن مسموحاً بالاعتداء على الحرية الشخصية، انطلاقاً من أن الأصل في الإنسان البراءة. وكلازمة لذلك، كان يتعين معاملة المتهم على هذا الأساس، حتى تثبت إدانته يقيناً[5].

وفي قانون حمورابي، جاءت بعض النصوص التي تؤكد على احترام اصل البراءة، ومن تلك النصوص، ما جاء في المادة الأولى منه، انه " إذا اتهم رجل رجلاً آخر بجريمة قتل، ثم لم يثبت ذلك يحكم على المتهم بالموت"[6].

---

(1)الدكتور حسن صادق المرصفاوي: " قوة الاعتراف في الإثبات الجنائي"، المجلة الجنائية القومية، المجلد الثالث العدد٢ يوليو ١٩٦٠، ص٩٧ وما بعدها.

(2) الدكتور رءوف عبيد: " بحث في القضاء الجنائي عند الفراعنة"، مرجع سابق، ص٧٩.

(3)لمزيد من التفاصيل انظر: الدكتور السيد العربي حسن:" دراسات في تاريخ النظم القانونية والاجتماعية"، ٢٠٠٢، مطبعة الإسراء ، ص١٨٠ وما بعدها.

(4) الدكتور محمد خميس: " الإخلال بحق المتهم في الدفاع "، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠١، ص٢٥.

(5) الدكتور حاتم بكار، المرجع السابق، ص ١٤.

(6)انظر في نصوص شريعة حمورابي: الأستاذ. اسامة سراس: " شريعة حمورابي في الشرق القديم "، دراسة مقارنة مع النصوص الكاملة، ترجمة دار علاء الدين - دمشق - ط٢، ١٩٩٣، ص٣٢

وفي ضوء ذلك لم يكن من الممكن إدانة اي متهم، إلا بعد التأكد من خلال الأدلة التي تؤكد إدانته،كالشهادة المصحوبة باليمين. ولحماية أصل البراءة في المتهم، فقد نص على عقوبة القتل لمن لم يثبت ان المتهم هو القاتل[1].

ومع ذلك، فقد قيل: إن التعذيب كان من الوسائل العملية المستخدمة في الوصول إلى اعتراف المتهم. كما كان يجري تحليف المتهم اليمين، مما اعتبر -بحق- مناقضاً لأصل البراءة، وللمبادئ المعلنة في تلك الشرائع[2].

الفرع الثالث

أثينـــا

ساد النظام الديمقراطي في أثينا قديما - على حد قول المؤرخين-، حيث كانت السيادة للشعب، وقد انعكس هذا النظام على الإجراءات الجنائية فيها، حيث أخذت بالنظام الاتهامي، بل قيل: إن النظام الاتهامي قد طبق من الناحية التاريخية في اليونان القديمة، حيث ساعد على تطبيقه -آنذاك- الظروف السياسية والطبقية والجغرافية للبلاد[3].

وقد كانت الإجراءات الجنائية، تتم بصورة شفوية وعلانية وبحضور الخصوم، وكان حق الاتهام مقرراً لكل فرد، كنتيجة طبيعية لإعمال مبدأ السيادة الشعبية.وكان عبء الإثبات يقع على عاتق الادعاء. فهو المكلف بتقديم الأدلة على صدق اتهامه، بل إن القانون كان يعرض المدعي للعقوبات حال فشله في إثبات دعواه، وتلك ضمانة قصوى للمتهم. و في المسائل التي تتعلق بحرية المتهم ومعاملته، لم يكن مسموحاً التعرض لحريته، إلا بصدور حكم الإدانة، كما لم يسمح بتعذيب المتهم، إلا بالنسبة للعبيد، وفي احيان نادرة ضد المتهمين المواطنين[4].

---

(1) وقد دل على ذلك نصوص المواد ١٣١، ١٣٢ من شريعة حمورابي .أسامة سراس: المرجع السابق ،ص٣٢.

(2)راجع، الدكتور محمود سلام زناتي: " تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية في الشرق الأدنى وحوض البحر المتوسط " ، مكتبة سيد عبد الله وهبة ، القاهرة ، ٩٧٢ ، ص ٨٣ وما بعدها .

(3) الدكتور فوزي رشيد: " الشرائع العراقية القديمة، غير محدد الناشر، ١٩٧٢، ص٨. أشار إليه الدكتور- حاتم بكار: مرجع سابق، ص ١٤.

(3) الدكتور احمد عوض بلال:" التطبيقات المعاصرة للنظام الاتهامي.. "، المرجع السابق، ص٩.

(4)R. Merle et A.Vitu : " Traité de droit criminel", problèmes généraux de la science, droit pénal général, 6e édit., Cujas, 1984, N° 113, p.173.

الدكتور عبد الوهاب العشماوي: " الاتهام الفردي أو حق الفرد في الخصومة "، مرجع سابق ص ٢٧.

ويظهر من ذلك، أن اثينا اخذت بأصل البراءة في المتهم، وإن كان يؤاخذ عليها إباحة تعذيب العبيد،مما يخل بمبدأ المساواة بين البشر.

الفرع الرابع
النظام في رومـا

تعتبر مدونة "الألواح الاثني عشر" التي صدرت في روما عام ٤٥١ ق.م -بحسب الاتجاه الراجح- هي اساس القانون الروماني[١]. وهي تشكل نقطة البداية في الاتجاه نحو احترام أصل البراءة والمساواة، رغم ما كان يوصف به من قسوة، وإغراق في الشكلية[٢]. ولكن لم يرد نصاً صريحاً في هذه المدونة يؤكد على حق المتهم في أصل البراءة، وإنما يمكن استنتاج وجوده من خلال بعض النصوص، ومن الطريقة التي كان يعامل بها المتهم. فالقانون كان يلزم من يدعي أمراً أن يثبته، وبالتالي كان يقع على من يوجه الاتهام لأي شخص، أن يقيم الدليل على صحة ذلك[٣].

وما يؤكد ايضا ان الرومان قد أقروا بأن الأصل في المتهم البراءة، أن مدونة جوستنيان "institutes de justiniani" قد احتوت على كثير من الأصول الفقهية، التي تدل دلالة واضحة على أخذهم بهذا المبدأ[٤]. ومن تلك النصوص التي وردت في الملحق الثاني، أن "الأصل عدم اعتبار أحد مسيئا"[٥]، و"البينة على من ادعى لا على من انكر"[٦]، و "في المواد الجنائية، يجب التأويل بالأرحم"[٧]، و"المنكر لا يطلب

---

(١) الدكتور السيد عبد الحميد فوده: " حقوق الإنسان بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الإسلامية، ٢٠٠٣، دار الفكر الجامعي،ص ٩٩.

(٢) الدكتور محمود السقا: المرجع السابق ص١٤٥.

(٣) الدكتور حسن صادق المرصفاوي: " الحبس الاحتياطي وضمان الحرية الفردية في التشريع المصري"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، ص ١٢.

(٤) Henri LECLERC :" La présomption d'innocence et La procédure pénal , actes du colloque sur "La présomption d'innocence". Ce colloque a eu lieu le samedi 4 mars 1995 à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne, Revue Européenne de Philosophie et de Droit, premier numéro.

(٥) مدونة جوستنيان، في الفقه الروماني، ترجمة المرحوم عبد العزيز فهمي باشا، الملحق الثاني، دار الكتاب المصري، ١٩٤٦، ص٣٦٧. وهذه القاعدة تقابل قاعدة الأصل في الإنسان البراءة في شريعتنا الغراء.

(٦) مدونة جوستنيان مرجع سابق ، ص ٣٦٩ ، و هذه القاعدة يقابلها القاعدة الشرعية التي تقضي بأن "البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه.

(٧) المرجع السابق نفسه، ص ٣٦٨ وهي تقابل في شريعتنا الإسلامية، درء الحدود بالشبهات.

منه الدليل"[1]، و" إذا عجز المدعي عن البينة برئت ساحة المدعى عليه"[2]، "وعند الشك يؤخذ بالأرفق"[3].

وقد تميزت الإجراءات الجنائية منذ القرن السابع للإمبراطورية، وحتى نهاية الجمهورية بخصائص النظام الاتهامي[4]، فقد كان الاتهام حق يباشره كل مواطن امام هيئات القضاء، وكان على الشخص الذي يبغي مباشرة الاتهام، أن يتقدم بطلب إلى الحاكم، وبعد التأكد من سلامة الاتهام وحقه في الاختصاص، يأذن بمباشرة الاتهام[5].

وكان على الشخص القائم بالاتهام، أداء اليمين على أن اتهامه ليس كيدياً، ولا بقصد التشهير. وكان عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي، أو ممثل الاتهام، فهو الذي يبحث عن الأدلة، ويقدمها أمام القاضي. وكان القاضي يقضي تبعاً لاقتناعه الشخصي[6].

وإذا اتهم شخص في جريمة، فإنه كان يمثل حراً بغير قيود.وقد كفل له القانون الروماني حق الدفاع عن نفسه[7].وبما يحقق التوازن بينه وبين من يتهمه ومن مظاهر احترام هذا المبدأ لدى الرومان أيضاً طريقة تنظيمهم للحبس الاحتياطي، حيث كان السائد لديهم، الا يحبس المتهم احتياطيا أثناء محاكمته، إلا إذا ضبط متلبساً بالجريمة، أو اعترافه بارتكابه لها[8].

ويتجلى مما سبق، أن الرومان قد أخذوا بأصل البراءة، وإن لم يرد نصاً صريحاً

---

(1) المرجع السابق نفسه، ص ٣٦٩ .

(2) المرجع السابق نفسه ، ص٤٠٧.

(3) المرجع السابق نفسه ، ص٣٧٦.

(4) الدكتور عبد الوهاب العشماوي: - الاتهام الفردي"، مرجع سابق ص ٣٢. الدكتور احمد عوض بلال: " التطبيقات المعاصرة للنظام الاتهامي"..، ١٩٩٣، مرجع سابق ص٩.

(5) الدكتور السيد محمد حسن شريف: " النظرية العامة للإثبات الجنائي"، مرجع سابق،٢٠٠٢، ص٤٢٣.

(6) الدكتور عبد الوهاب العشماوي: "الاتهام الفردي"، مرجع سابق ص ٣٢.

(7)الدكتور محمد خميس: " الإخلال بحق المتهم في الدفاع "، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠١، ص٣٦.

(8)الدكتور حسن صادق المرصفاوي: " الحبس الاحتياطي وضمان حرية الفرد في التشريع المصري "، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، ١٩٥٤، ص١٢.

(9) ومازال النظام الاتهامي هو النظام السائد في الدول الانجلوسكسونية، كإنجلترا والدول التي أخذت عن القانون الإنجليزي كالقانون الأمريكي والهندي والسوداني.

J. R. Spencer - " La procédure pénale anglais " 1er édition,1998 que sais -je ?, Presses universitaire de France (PUF) , p 3.

يقضي بذلك، وإنما يُستنتج من خلال إلقاء عبء الإثبات على عاتق المدعي، ومن الطريقة التي كان يعامل بها المتهم. فقد كان مجرد توجيه الاتهام يمثل مساساً بالحرية الفردية، ويلزم ممثل الاتهام بتقديم الدليل على صحة دعواه. ولذلك كانت ضمانات الحرية الفردية، هي السمة التي يتطبع بها هذا النظام، حتى قال العديد من فقهاء القانون الوضعي: بأن أصل القاعدة الشهيرة التي تقول: ‹إن إخلاء سبيل مذنب خير للعدالة من إدانة بريء، هي رومانية الأصل[1]

ولكن هذا الوضع لم يدم طويلا. فمنذ القرن الثالث عشر، بدأ النظام الاتهامي في التراجع. مفسحاً المجال أمام نظام جديد. أطلق عليه نظام التحري والتنقيب وهو ما سنوضحه من خلال المطلب التالي:

المطلب الثاني

النظام التنقيبي وأصل البراءة

يأتي النظام التنقيبي Le système Inquisitoire في مرحلة تالية للنظام الاتهامي، وذلك بعد ظهور الدولة، وإحكام سلطتها في المجتمع، والعمل على مكافحة الجريمة، واقتضاء حقها في العقاب من المجرمين[2].

ويتميز النظام التنقيبي بخصائص مغايرة لتلك التي تميَّز بها النظام الاتهامي، فبينما كانت إجراءات الخصومة الجنائية في النظام الاتهامي، هي محض نزاع بين المتهم والمجني عليه بنفسه، أو من خلال ورثته من بعده، أو من آحاد الناس، فإن الخصومة الجنائية في ظل نظام التنقيب ليست نزاعاً شخصياً بين طرفين، بل هي مجموعة من الإجراءات الهادفة إلى كشف الحقيقة، وإقرار سلطة الدولة في العقاب[3].
ولذا تطلب الأمر، أن يترك الاتهام لسلطة معينة، هي التي تقوم وحدها بعملية تعقب

---

(1)Berkeley-Los:" Tradition Angeles", Oxford 1993, p157.
وانظر: الدكتور احمد إدريس أحمد: " افتراض براءة المتهم "، مرجع سابق، ص١٠١. والمرجع المشار إليه في الهامش.

(2) أستاذنا الدكتور محمد أبو العلا عقيدة: " شرح قانون الإجراءات الجنائية ‹، مرجع سابق، ص٢٦.
الدكتور عبد الرءوف مهدي: " شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية " ، دار النهضة العربية ط ٢٠٠٢ . ص٤٨.

(3) انظر الدكتور عبد الستار سالم الكبيسي: " ضمانات المتهم قبل وأثناء المحاكمة رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٨١، ص٢٢٢ وما بعدها.

الأدلة واثبات الجريمة[1].

اما المتهم، فلم يكن طرفاً حقيقياً في الإجراءات، وبالتالي لا يملك حقوقا إجرائية خاصة به، وإنما هو محل لما يتخذ ضده من إجراءات، ومن ثم يخضع لسلطة المحقق دون منحه فرصة الإسهام في جمع الأدلة[2].

وفي ظل هذا النظام، كانت الإجراءات الجنائية تتسم بالسرية والتدوين، وتتم معظمها في غيبة المتهم. ووفقا لهذا النظام، يتمتع القاضي بدور إيجابي في الإجراءات، ولم يعد المتهم على قدم المساواة مع الاتهام، بل وصلت المغالاة في ظل هذا النظام لدرجة انه اجاز للقاضي، أن يخضع المتهم للتعذيب، لانتزاع الاعتراف منه. والذي صار سيد الأدلة[3].

وسوف نتتبع- بإيجاز- الجذور التاريخية لهذا النظام، ومدى أخذه بأصل البراءة، على النحو التالي:

أولاً: في روما :

ظهر نظام التحري والتنقيب في أواخر عهد الإمبراطورية الرومانية.وقد شهدت تلك الفترة انتكاساً كبيراً للمبادئ التي كانت سائدة من قبل ذلك، ومنها بطبيعة الحال حق المتهم في اصل البراءة، حيث تغلبت مصلحة المجتمع في البحث عن الدليل لمعرفة الحقيقة على المصلحة الفردية، وعلى الحرية الشخصية؛ وبالتالي حلت قرينة الإثم والإذناب محل اصل البراءة. ومنح القاضي دور أكبر في مناقشة المتهم ومطالبته بتقديم إيضاحات عن موقفه[4]. وهو ما قد يؤدي إلى إلقاء عبء الإثبات عليه[5].

وفي ظل هذا النظام اعتمد التعذيب أثناء المحاكمة كوسيلة للحصول على اعتراف المتهم[6].

---

(1)Jean Pradel:" L'instruction préparatoire" trimestre ,1990-éditions,cujas-Paris.p18.

(2) الدكتور هلالي عبد اللاه احمد: " المركز القانوني للمتهم "، مرجع سابق، ص٩١.

(3)الدكتور محمد زكي ابو عامر: " الإثبات في المواد الجنائية "، مرجع سابق، ص٨٢.

(4)Mohammed-Jalal Essaid:"La présomption d'innocence". Thèse, Paris, 1971, p26. F.DJAVAD :"Le fardeau de la preuve en matière pénale". Essai d'une théorie générale, Paris II, 1977. N°45, p.38.

(5) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور : " القانون الجنائي الدستوري "، مرجع سابق، ص٢٤٨.

(6) راجع تفصيلا: الدكتور عمر الفاروق الحسيني: " تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف " ، ١٩٨٦، المطبعة العربية الحديثة، ص١١ وما بعدها. الدكتور حسن صادق المرصفاوي : " الإجرام والعقاب في مصر " ، منشاة المعارف بالإسكندرية، ص ٣١.

ثانياً: في النظام الكنسي:

لعل ابرز مثال لتطبيق النظام التنقيبي كان في فرنسا في القرنين الثاني عشر والثالث عشر، حيث ادخلته الكنيسة في العصور الوسطى، ومنه سرى إلى المحاكم الملكية هناك[1]. وقد تأكد تطبيقه منذ القرن السادس عشر، ووضحت معالمه -بوجه خاص- في القرن السابع عشر، بمقتضى القرار الذي أصدره لويس السادس عشر في سنة ١٦٧٠، والذي ظل مطبقاً حتى قيام الثورة الفرنسية[2].

والسؤال المطروح على بساط البحث هو: هل القرار الذي أصدره لويس السادس عشر قد كفل أصل البراءة، أم لا في ظل هذا النظام ؟

والإجابة عن ذلك ذات شقين: شق يتعلق بالإثبات، والشق الثاني يتعلق بضمانات الحرية الشخصية. وذلك على النحو التالي:

الشق الأول المتعلق بالإثبات: الوضع السائد، فيما يتعلق بعبء الإثبات - حينذاك - هو احترام أصل البراءة، حيث كان عبء الإثبات - في معظم الجرائم - يقع على عاتق النيابة العامة، والقاضي. ولم يكن على المتهم عبء إثبات براءته، إلا في الجرائم الجسيمة، كالشعوذة والسحر[3]. بيد أن هناك انتهاكاً خطيراً لأصل البراءة قد حدث وهو: أن الشك لم يكن يفسر لمصلحة المتهم[4]، حيث كان القاضي يحكم بالإدانة ولو لم تتوافر الأدلة بشكل يقيني[5].

الشق الثاني المتعلق بضمانات الحرية الشخصية: يختلف الأمر كلياً فيما يتعلق بضمانات الحرية الشخصية، فالمتهم كان ينظر له على أنه مدان. وكان القرار الصادر يهتم بالبحث عن الحقيقة بأي ثمن، ولو كان ذلك على حساب حرية المتهم،

---

(1) الدكتور هلالي عبد اللاه احمد: " المركز القانوني للمتهم "، مرجع سابق، ص١٠٦. الدكتور احمد إدريس أحمد: " افتراض براءة المتهم "، مرجع سابق، ص ١٢٩

(2) الدكتور هلالي عبد اللاه احمد: "المركز القانوني للمتهم"، مرجع سابق، ص١٠٨.

(3) Henri LECLERC : La présomption d'innocence et la procédure pénal , actes du colloque sur "La présomption d'innocence". Ce colloque a eu lieu le samedi 4 mars 1995 à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne, Revue Européenne de Philosophie et de Droit, premier numéro,

(3) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور : " القانون الجنائي الدستوري"، مرجع سابق، ص٢٤٩.

(4) R.MERLE et A.VITU : ibid.

(5) Henri LECLERC : ibid.

فكان الأصل في التحقيق، هو القبض، والحبس الاحتياطي، حتى قيل بأنه من لا يبدأ بالقبض، فسوف يفقد المجرم[1].

ولعل ما يبرهن على ان المتهم كان يعامل على اساس انه مذنب، تلك الوسائل الجائرة التي كانت تستخدم للوصول إلى الحقيقة[2]، فقد كانت القاعدة المعمول بها في ذلك الحين هي ان الاعتراف سيد الأدلة، وأنه في سبيل الحصول عليه، يمكن اتباع كافة الطرق الموصلة إليه، فكان الاستجواب مع التعذيب هو الوسيلة الأساسية للحصول على الاعتراف[3] إذ كان التعذيب يستخدم في حالتين:

الحالة الأولى: قبل الحكم بالإدانة: وهي اثناء الاستجواب الابتدائي، حيث الهدف من التعذيب في هذه الحالة، هو إجبار المتهم على اعترافه بالجريمة[4].

والحالة الثانية: التعذيب بعد المحاكمة: و كان ذلك بهدف الوصول إلى الكشف عن الشركاء والمساهمين في الجريمة، وكان هذا النوع من التعذيب يطبق على من صدر ضده حكم بالإعدام[5].

وبالإضافة إلى ذلك، كان المتهم يجبر على أداء القسم بقول الحقيقة، أثناء استجوابه، كما ان الأسئلة توجه له بدون حضور محام[6]. وفي ذلك انتهاك صارخ لحق من حقوق الإنسان المنبثقة عن أصل البراءة، وهو: "الا يجبر الشخص على إدانة نفسه".

وقد تعددت صور التعذيب المستخدمة في ذلك الوقت، فقد استخدم الماء المغلي أو الماء البارد، كما استخدمت الأحذية المطلية بالكبريت، والتي ينتعلها المتهم، أو قد

---

(1) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور : " القانون الجنائي الدستوري"، مرجع سابق، ص٢٥٠

(2) الدكتور عمر الفاروق الحسيني: " تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف " ، المطبعة العربية الحديثة ، ١٩٨٦ ، ص١٥ .

(3) ادريان شارل دنا: "محاضرات القيت على طلاب القانون الجنائي في جامعة عين شمس باللغة الفرنسية ", ترجمة استاذنا الدكتور محمد ابو العلا عقيدة، ابريل ٢٠٠٢.

(4) Henri Donnedieu de Vabres :" Traité de droit criminel et de législation pénale comparée", Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1947, XVII, n° 1040 , p.581.
Mohammed-Jalal Essaid:"La présomption d'innocence". Thèse, op. Cit. p 31.
وانظر : الدكتور عمر الفاروق الحسيني: " تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف " ، المرجع السابق ، ص١٥.

(5) Henri Donnedieu de Vabres :" Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, op. Cit. , N° 1040, p.581.
الدكتور عمر الفاروق الحسيني: " تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف " ، المرجع السابق ، ص١٥.

(6) الدكتور هلالي عبد اللاه أحمد : "المركز القانوني للمتهم " ، مرجع سابق ، ص١٠٧ . الدكتور احمد إدريس أحمد: " افتراض براءة المتهم "، مرجع سابق، ص١٣٠.

يعلق فيها اثقال، وكان المتهم يستجوب في جو من التعذيب والألم[1].

والمثير للانتباه ان القاضي هو الذي كان يقوم بالاستجواب، ليصل إلى اعتراف المتهم، وهو الأمر الذي يسلب القاضي صفة الحياد، التي يجب ان يتصف بها ، ذلك انه في سعيه وراء الحقيقة بأي ثمن يجد نفسه مضطراً لدراسة ملف التحقيق بكل عناية ودقة، شأنه في ذلك شأن ممثل الادعاء، وفي هذه الحالة يجمع القاضي بين الاتهام والتحقيق والحكم، وهي وظائف متناقضة[2].

ويظهر مما سبق، أن نظام التحري والتنقيب - قديماً - قد افترض الجرم في حق المتهم، وذلك فيما يتعلق بالإجراءات الماسة بالحرية، فكان الأصل في التحقيق هو القبض والحبس الاحتياطي، واستعمال التعذيب كوسيلة للحصول على اعتراف المتهم، وعدم احترام حقوق الدفاع. وغير ذلك من الوسائل التي كان يستهدفها النظام التنقيبي، ولو على حساب الحرية الشخصية. ووضع كهذا، يصعب القول معه، بأن هذا النظام يحترم أصل البراءة في المتهم.

وبرز عدم احترام أصل البراءة جلياً، في الأمر الصادر في عام ١٦٧٠ في فرنسا، حيث جعل المتهم مداناً، وفسر الشك في غير مصلحة المتهم.كما كان المتهم مطالباً بالاعتراف، ويخضع لصنوف من التعذيب، حتى يجبر على ذلك.

ونخلص من هذا العرض التاريخي إلى أن أصل البراءة قد ارتبط تاريخياً بالنظام الاتهامي[3]، حيث تميز هذا النظام بحماية الحرية الشخصية، إلى جانب اهتمامه بحماية مصالح المجتمع. وقد رأينا كيف كان للمبدا وجود في المجتمعات التي احترمت حقوق الفرد وصانت كرامته وحريته فترة من الزمن، كما هو الحال في أثينا وروما قبل نهاية الجمهورية.ثم انقلب الحال منذ نهاية القرن الرابع عشر، وبداية القرن الخامس عشر مع ظهور الدولة كسلطة مهيمنة؛ حيث نشأ النظام التنقيبي الذي غلب المصلحة العامة للمجتمع، على مصلحة الفرد ، فأهدرت الحرية والكرامة واصبح المتهم يعامل على انه مدان.

---

(1) Mohammed-Jalal Essaid: La présomption d'innocence. op. Cit. p 31.

(2) د.أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ط١٩٩٥، ص٩٤.

(3) الدكتور محمود محمود مصطفى، " الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن "، الجزء الأول" النظرية العامة"، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ط١، ١٩٧٧، ٥٧.

ونظراً للوضع المجحف الذي كان عليه النظام التنقيبي، فقد بدأت موجة الانتقادات توجه له، ولكل مظاهر المساس بالحرية الشخصية، وبدا المفكرون والفلاسفة ينددون مطالبين بإلغاء تلك الإجراءات الظالمة، وهاجموا بشدة القرار الصادر في ١٦٧٠ وكان على رأس هؤلاء الفلاسفة فولتير وبيكاريا " Voltaire et Beccaria " ، وقد دفع ذلك لويس السادس عشر " Louis XVI " إلى مطالبة برلمان باريس بإصدار تشريع جديد. حيث صدر مرسوم بإجماع أعضاء البرلمان في ٨ مايو ١٧٨٨، تضمن هذا المرسوم منع التعذيب، ووقف كل العقوبات الجائرة، وإلزام القاضي بأدلة معينة وعقوبات محددة. ووضعت القيود والضمانات على الحبس الاحتياطي وتم الأخذ بنظام المحلفين، وبوجه عام تم التقيد باحترام أصل البراءة في المتهم. وقد أعقب ذلك إعلان الثورة الفرنسية في ٢٧ أغسطس ١٧٨٩، حيث ألغى هذا الإعلان كافة مظاهر الظلم. ووضع قاعدة دقيقة تقضي بأن:" كُلّ شخص أتهم بارتكاب جريمة يفترض براءته حتى تثبت إدانته قانوناً "[1] .

" Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie "

المبحث الرابع

الترابط التاريخي والفلسفي

" بين أصل البراءة وشرعية التجريم والعقاب"

تمهيد وتقسيم :-

من المؤكد أن هناك علاقة تاريخية تربط بين أصل البراءة، ومبدأ شرعية التجريم والعقاب، فكلاهما قد ظهرا منذ اللحظة التي تحددت فيها سلطات الدولة، وانفصل كل منهما عن الآخر، على إثر الثورة الفكرية، التي قادها فلاسفة القرن الثامن عشر، أمثال مونتسكيو وبيكاريا وفولتير وروسو.. وغيرهم من الكتاب والفلاسفة الذين ساءهم ما كان عليه القانون الجنائي من قسوة ووحشية، وما وصل إليه القضاة من تحكم في تجريم الأفعال، بمطلق إرادتهم والعقاب عليها دون نص في القانون يرجعون إليه.

(1)Henri LECLERC :" La présomption d'innocence et la procédure pénal , actes du colloque sur "La présomption d'innocence". Ce colloque a eu lieu le samedi 4 mars 1995 à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne, Revue Européenne de Philosophie et de Droit, premier numéro.

ونادى أولئك الفلاسفة والمفكرون، بأن يكون للسلطة التشريعية وحدها حق وضع وتحديد الجرائم وما يقابلها من عقوبات، لتجسيد مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات. كما نادوا بعدم وصف شخص بأنه مذنب قبل ان يقول القضاء كلمته بموجب حكم نهائي، وهو ما يجسد أصل البراءة في المتهم حتى تثبت إدانته قضائيا[1].

ولعل ما يبرز الترابط التاريخي والفلسفي لهذين المبدأين، ما تضمنه القانون الإنجليزي للمبدأين منذ صدور ميثاق هنري الأول، وما أكده العهد الأعظم "الماجنا كارتا"[2] الذي قرر سمو قواعد القانون في انجلترا.

وسوف أبين. مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية في القانون الوضعي والتشريع الإسلامي. ثم أوجه الترابط بين مبدأ شرعية التجريم والعقاب بأصل البراءة، ومدى مساهمتها في بناء الشرعية الجنائية، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

مفهوم مبدأ شرعية التجريم والعقاب ومبرراته

أولاً : مفهوم مبدأ شرعية التجريم والعقاب:

يتحدد مفهوم شرعية التجريم والعقاب، على أن المشرع وحده هو الذي يستأثر بسلطتي التجريم والعقاب، حيث لا عقوبة ولا جريمة إلا بناء على نص.وهو ما يعني أنه لا يجوز لأي هيئة قضائية، أو تنفيذية، إنشاء جرائم خلاف ما نص عليه المشرع، او أن تعاقب احداً على سلوك مهما كان غير اخلاقي، أو غير اجتماعي في نظرها، او حتى في نظر المجتمع، طالما أن القانون لم يجرم الفعل، ولم ينص على معاقبة فاعله[3].

---

(1)Henri LECLERC : Ibid.

(2)وثيقة الماجنا كارتا La Magna Charta ومعناها الوثيقة الكبرى وتطلق عادة على الوثيقة التي حصل عليها بارونات الإنجليز من الملك "جون" " jean sans Terre " في ١٥ يونيه سنة ١٢١٥ م، والملك جون هو (أخ للملك ريتشارد قلب الأسد). وقد كان ذلك عقب ثورة للشعب والإكليروس في انجلترا ضد استبداد الملك جون. بل وقبلها دستور الحريات (liberties charter) التي اعلنها الملك هنري الأول في العام ١١٠١ نزولاً عند إلحاح النبلاء والبورجوازيين. ثم عريضة الحقوق (petition of rights) التي صدرت في العام ١٦٢٨ بعد صراع مباشر بين الملك شارل الأول والبرلمان اثر محاولة الملك فرض ضرائب جديدة على الشعب دون الحصول على موافقة البرلمان. راجع: الدكتور خضر خضر: " مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان" ص ٩٥ و ٩٦.

(3)انظر: استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " الشرعية الدستورية.. "، مرجع سابق،ص١٣٦. وايضاً" الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص ٣٥٨ وما بعدها. " القانون الجنائي الدستوري"، ط٣، ٢٠٠٤، ص ٣١. الدكتور احمد عوض بلال: " محاضرات في النظرية العامة للجريمة "مرجع سابق، ص٢٦٥. استاذنا الدكتور. محمد أبو العلا عقيدة: "أصول علم العقاب"، مرجع سابق، ص ١٠٢.

فالمرجعية لمعرفة ما إذا كان الفعل، أو الامتناع عن الفعل، يشكل جريمة يعاقب عليها أم لا، يكون من خلال تلك النصوص التشريعية المكتوبة.

ثانياً :مبررات مبدأ شرعية التجريم والعقاب :

يرتكز مبدأ شرعية التجريم والعقاب على ثلاثة مبررات أساسية تقترب من مبررات أصل البراءة، وهي:

المبرر الأول: حماية حقوق الأفراد وحرياتهم الشخصية في مواجهة السلطة، وتوفير الأمن القانوني لهم. فبهذا المبدأ وحده، يضمن الأفراد صيانة حرياتهم في مواجهة التعسف المحتمل من قبل الحاكم، أو القاضي، فلا يملكان إدانة احد، إلا إذا كانت الجريمة المنسوبة للمتهم والعقاب الذي يتعرض له قد سبق النص عليه من قبل في القانون[1] . ولا يمكن معاقبته بغير حكم قضائي

وقد اكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر على أن قاعدة " لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون" تفرضها المادة ٤١ من الدستور التي تقرر أن الحرية الشخصية، حق طبيعي، وأنها مصونة لا تمس. وقالت المحكمة في قرارها:" بأن مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة وما اتصل به من عدم جواز تقرير رجعية النصوص العقابية ،غايته حماية الحرية الفردية ، وصونها من العدوان عليها، في إطار من الموازنة بين موجباتها من ناحية، وما يعتبر لازماً لحماية مصلحة الجماعة، والتحوط لنظامها العام من ناحية أخرى[2] .

المبرر الثاني: الاعتبارات النفسية، ذلك أن وجود نصوص جنائية واضحة، يعرفها الأفراد سلفاً، يجعل لقانون العقوبات دوراً تربوياً إذ يشعر المواطنون بأهمية القيم الاجتماعية المحمية جنائياً، مما يسهم في تنمية الروح الوطنية لديهم، ويقوي الروابط الاجتماعية، ويحافظ على الثقة بين الشعب والدولة، ويحقق الاستقرار في المجتمع الذي يقوم عليه الأمن القانوني[3] .

---

(1) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري"، مرجع سابق، ص ٣٦. الدكتور احمد عوض بلال : " محاضرات في النظرية العامة للجريمة"، مرجع سابق، ص ٢٢٧ - ٢٢٨.

(2) المحكمة الدستورية العليا في مصر، في ٧ نوفمبر ١٩٩٢، في القضية رقم ١٢ لسنة ١٣ قضائية دستورية، الجريدة الرسمية، العدد ٤٩. في ٣ ديسمبر سنة ١٩٩٢.

(3) راجع في ذلك: استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: "الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام، النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية ط ١٩٩٦، ص ٣٢، وايضاً " القانون الجنائي الدستوري"، مرجع سابق، ص ٢٧. الدكتور احمد عوض بلال: " محاضرات في النظرية العامة للجريمة"، مرجع سابق، ٢٢٧.

ومن ناحية اخرى، فإن المحظورات والعقوبات التي تتضمنها نصوص قانون العقوبات، تسهم في تحقيق الردع العام. فكما يقول بكاريا: إن العلم المسبق والواضح للجرائم والعقوبات، من شأنه - بلا ادنى مواربة - ان يكبح جماح العواطف لمن ينتوي اقتراف الجريمة[1].

المبرر الثالث: يقوم هذا المبرر على أساس انه لكي تضبط سلوك الأفراد، لابد من تبصيرهم بقواعد السلوك المطلوب منهم السير على نهجه، وتطبيقاً لهذا المنطق في المجال الجنائي، فإنه يجب ان يقوم المشرع بالإنذار قبل العقاب، ولا يقوم بهذا الدور سوى مبدأ الشرعية الجنائية[2].

المطلب الثاني

شرعية التجريم والعقاب وجه من أوجه الشرعية الجنائية

يمثل مبدأ شرعية التجريم والعقاب وجه من أوجه مبدأ الشرعية الجنائية ذلك أن الشرعية الجنائية تتكون من ثلاثة أوجه-كما ذهب بعض رجال الفقه[3] وهي: شرعية الجرائم والعقوبات، و شرعية الإجراءات الجنائية، وشرعية تطبيق أو تنفيذ الجزاءات الجنائية.

وسوف أبين - بإيجاز- هذه الأوجه الثلاثة للشرعية الجنائية. وذلك على النحو التالي:

الوجه الأول للشرعية الجنائية: شرعية الجرائم والعقوبات:

يعتبر مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، الوجه الأول من أوجه الشرعية الجنائية، ويعبر عن هذا الوجه في الدساتير والتشريعات بأنه:" لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون"[4].

الوجه الثاني للشرعية الجنائية: شرعية الإجراءات الجنائية:

لا يكفي مبدأ شرعية التجريم والعقوبات وحده لحماية حرية الإنسان، إذا أمكن

---

(1) بكاريا: "الجرائم والعقوبات"، مرجع سابق، ص ٥.

(2) بكاريا: المرجع السابق نفسه، ص ٥.

(3) استاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور : " الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية"، مرجع سابق، ص ١٢٤. الدكتور مصطفى فهمي الجوهري: " الوجه الثاني للشرعية الجنائية "، مرجع سابق، ص٥٣.

(4) انظر تفصيلاً: استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " الحماية الدستورية للحقوق والحريات "، مرجع سابق ص٢٨٢.

القبض عليه، أو حبسه، أو اتخاذ الإجراءات اللازمة لمحاكمته مع افتراض إدانته[1].

فكل إجراء جنائي يتخذ ضد الإنسان دون ان يعامل على انه بريء، فإنه سوف يؤدي إلى تجشيمه عبء إثبات براءته من الجريمة المنسوبة إليه. فإذا عجز عن إثبات هذه البراءة، اعتبر مسئولاً عن جريمة قد لا تكون صادرة عنه. ويؤدي هذا الوضع إلى قصور الحماية التي تكفلها قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، طالما كان من الممكن المساس بحرية المتهم ، من خلال إسناد الجرائم للناس، ولو لم يثبت ارتكابهم لها عن طريق افتراض إدانتهم[2].

لذلك، كان لابد من استكمال الحلقة الأولى للشرعية الجنائية، بحلقة ثانية تحكم تنظيم الإجراءات التي تتخذ قبل المتهم على نحو يضمن احترام الحرية الشخصية. وتسمى هذه الحلقة بالشرعية الإجرائية[3].

وتكفل هذه الحلقة احترام الحرية الشخصية للمتهم، من خلال اشتراط أن يكون القانون هو المصدر للتنظيم الإجرائي، وأن يعامل المتهم وفقا لأصل البراءة، في كل إجراء من الإجراءات التي تتخذ قبله، وأن يتوفر الضمان القضائي في الإجراءات باعتبار ان القضاء هو الحارس الطبيعي للحريات[4].

ولا شك، أن الشرعية الإجرائية هي امتداد طبيعي لشرعية الجرائم والعقوبات، بل هي في الواقع اكثر خطورة منها، واعظم شأنا، فهي بمثابة الإطار الخارجي الذي لا يمكن تطبيق القاعدة الموضوعية، تطبيقاً صحيحاً إلاّ عن طريقه[5].

وقد قررت المحكمة الدستورية العليا الإيطالية بأن شرعية الإجراءات الجنائية تسهم في تحقيق مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بدقة[6].

---

(1) الدكتور عصام عفيفي حسيني عبد البصير: " مبدا الشرعية الجنائية "، ص ١٧.
(2) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية"، مرجع سابق، ص١٢٨.
(3) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور : " المرجع السابق نفسه، ص١٢٨.
(4) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: المرجع السابق نفسه ، ص١٢٨. الدكتور محمد محمد مصباح القاضي: " حق الإنسان في محاكمة عادلة"، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ٢٥ والمرجع المشار إليه في الهامش. استاذنا الدكتور. جميل عبد الباقي الصغير: "الشرعية الجنائية - دراسة تاريخية وفلسفية- "، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص٧.
(5) استاذنا الدكتور جميل عبد الباقي الصغير: "الشرعية الجنائية"، مرجع سابق، ص٧.
(6) الحكم الصادر في ١٥ فبراير ١٩٩٩، اشار إليه استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري" في الهامش رقم (١)، مرجع سابق، ص٦٢.

وتقوم الشرعية الإجرائية، على ثلاثة عناصر هي كالتالي:

العنصر الأول: يتمثل في وجوب ان يكون التشريع هو المصدر الوحيد لقواعد واحكام الإجراءات الجنائية، فكما هو ثابت في قانون العقوبات، بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، فإن الثابت في قانون الإجراءات الجنائية أنه لا إجراء إلا بنص، فإذا كان الدستور قد أجاز تحديد الجرائم والعقوبات بناء على قانون، فإن الأمر مختلف في الإجراءات الجنائية، إذ لا يجوز للمشرع أن يفوض غيره بتحديد الإجراءات الجنائية بشتى أنواعها، وذلك لاتصالها بالحرية الشخصية للمواطنين. فإذا جاء القانون وفوض السلطة بتنفيذ القوانين في وضع قواعد للإجراءات الجنائية، فإنه يكون مخالفا للدستور[1].

العنصر الثاني: ويتمثل في انه إذا كان المشرع ينفرد بالاختصاص في وضع قواعد الإجراءات الجنائية، فإنه يجب عليه ان يتقيد في ذلك بالمبادئ التي نص عليها الدستور؛ كونها تمثل حدود السلطات الممنوحة له في سبيل إنجاز مهامه. ومن اهم المبادئ التي يجب على المشرع الإجرائي، أن يحترمها ، حق المتهم في أصل البراءة. وبالتالي، فإن أصل البراءة يعد العنصر الثاني من عناصر الشرعية الإجرائية، ويترتب على ذلك انه لا يجوز تقييد حرية المتهم، إلا في إطار من الضمانات الدستورية اللازمة لحمايتها، وبناء على نص في قانون الإجراءات الجنائية[2].

أما العنصر الثالث من عناصر الشرعية الإجرائية: فيتمثل في قيام السلطة القضائية بالرقابة والإشراف على جميع الإجراءات الجنائية، باعتبارها الحارس الطبيعي للحقوق والحريات، ولا يتحقق لها ذلك إلا إذا كانت سلطة مستقلة كل الاستقلال عن غيرها من سلطات الدولة[3].

الوجه الثالث: شرعية التنفيذ العقابي: حيث تقتضي أن يجري التنفيذ وفقاً للكيفية التي يحددها القانون، مستهدفاً تقويم المحكوم عليه وضمان حقوقه، تحت رقابة وإشراف القضاء[4].

---

(1) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " الحماية الدستورية .. "، المرجع السابق، ص ٣٩٠.

(2) الدكتور مصطفى فهمي الجوهري: " الوجه الثاني للشرعية الجنائية"، مرجع سابق، ص٥٤.

(3) استاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور المرجع السابق نفسه، ص٥٨٧.

(4) الدكتور عبد العظيم مرسي وزير: " دور القضاء في تنفيذ الجزاءات الجنائية ، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص ٢٢٠.

وتقوم شرعية التنفيذ على ضابطين هما: ضرورة تحديد أساليب التنفيذ، وضماناته وأهدافه بقانون، كون القانون هو المعبر عن الإرادة العامة للشعب. والضابط الثاني: أن يخضع تنفيذ العقوبة لإشراف قاضٍ مختص. ولا تقل شرعية التنفيذ العقابي عن سابقتها من حيث الأهمية فهي التي تعبر عن التوفيق بين حقوق المحكوم عليه وحقوق المجتمع[1].

ويخرج هذا الوجه من وجوه الشرعية الجنائية من إطار دراستنا للعلاقة بين شرعية التجريم والعقاب وأصل البراءة.

المطلب الثالث

شرعية التجريم والعقاب في التشريع الجنائي الإسلامي

هناك العديد من القواعد الأساسية في التشريع الإسلامي التي استنبطها فقهاء المسلمين من القرآن والسنة والإجماع والقياس، وهي جميعها تعد مصادراً لشرعية التجريم والعقاب. ومن هذه القواعد: انه " لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص"[2]

---

(1) الدكتور عصام عفيفي حسيني عبد البصير، مبدأ الشرعية الجنائية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص١٨.

(2) وقد اختلف فقهاء المسلمين حول هذه القاعدة بقولهم: هل الأشياء في العقل قبل ورود الشرع على الحظر او على الإباحة، فقال قوم الأشياء كلها في العقل قبل ورود الشرع على الحظر. وقال آخرون بل هي على الإباحة وقال آخرون بل هي على الحظر عدا الحركة النقلية من مكان إلى مكان، وشكر المنعم . وقال آخرون بل هي على الإباحة عدا الكفر والظلم وجحد المنعم . وقال آخرون وهم جميع أهل الظاهر وطوائف من أهل أصحاب القياس ليس لها حكم في العقل أصلا، لا بحظر ولا بإباحة. وإن كل ذلك موقوف على ما ترد به الشريعة ، واحتج من قال بحظرها، بأن الأشياء كلها ملك لله عز وجل، ولا يجوز ان يقدم على ملك مالك إلا بإذنه . واحتج المبيحون أيضا بأنه لا بد من فعل، او ترك أو حركة، او سكون، فإن منعتموه الكل أوجبتم المحال. وبالجملة فكل شيء يعارض به القائلون بالإباحة، أو الحظر فهي دعاوى مجردة. واحتج بعض القائلين بالإباحة بقوله تعالى: ﴿مَنِ اهْتَدَى فَإِنَّمَا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ وَمَنْ ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَلا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً" ﴾ سورة الإسراء:الاية١٥". وبدورنا نؤيد الرأي القائل بأن الأفعال على الإباحة حتى يأتي دليل الحظر. والدليل الشرعي على ذلك، قوله تعالى:﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعا ﴾سورة البقرة: الآية٢٩". وقوله تعالى: ﴿ وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ الأنعام: الآية١١٩". وقوله تعالى: ﴿ وَقُلْنَا اهْبِطُوا بَعْضُكُمْ لِبَعْضٍ عَدُوٌّ وَلَكُمْ فِي الْأَرْضِ مُسْتَقَرٌّ وَمَتَاعٌ إِلَى حِينٍ ﴾البقرة: الآية٣٦. ومن مجمل تلك الآيات يتضح لنا بأن الله سبحانه وتعالى قد أباح لنا الأشياء بقوله إنها متاع لنا، ثم حظر- سبحانه- ما شاء وكل ذلك بشرع منه تعالى. فكل هذه الآيات تدل على ان المحرمات مفصلة وما عداها فهو مباح، كما أن الدليل العقلي ينصرف إلى ان التكليف بدون نص يبين ما هو محرم، هو تكليف بما لا يطاق وحاشا لله أن يكلف خلقه مالا يطيقون. وللمزيد في ذلك راجع: كتاب الأحكام ، لابن حزم، مرجع سابق،ج١ ، ص٥٢، المستصفى: للإمام الغزالي، مرجع سابق ص٥١ .الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي، دار الكتاب العربي بيروت ، ج١، ط١، ١٤٠٤ هـ، ص ١٣. وانظر: الدكتور إبراهيم عطية محمود قنديل: " استصحاب الحال ومدى تأثيره في الفروع الفقهية"، مرجع سابق، ص ٢٥٦ وما بعدها.

ومعناها أن أفعال المكلف المسئول، لا يمكن وصفها بأنها محرمة، ما دام لم يرد نص بتحريمها ، ولا حرج على المكلف أن يفعلها، أو يتركها حتى ينص على تحريمها[1] "والأصل في الأشياء والأفعال الإباحة "[2]، و" لا يكلف شرعا إلا من كان قادراً على فهم دليل التكليف أهلاً لما كلف به، ولا يكلف شرعاً إلا بفعل ممكن مقدور للمكلف معلوم له علما يحمله على امتثاله "[3].

وهذه القواعد جميعها تؤدي إلى معنى واحد نستخلصه منها، وهو لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص شرعي، ينشر على الناس، وأن الله تعالى لا يأخذ الناس بعقاب إلا بعد أن يبين لهم وينذرهم.

وهذه القواعد الأصولية التي تقطع بأنه لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في الشريعة الإسلامية تستند إلى نصوص قرآنية صريحة منها قوله تعالى:﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾[4].وقوله تعالى:﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾[5] .وقوله تعالى:﴿ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ ﴾[6].وقوله تعالى: ﴿لِأُنْذِرَكُمْ بِهِ وَمَنْ بَلَغَ ﴾[7]. وقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾[8] وقوله تعالى: ﴿ قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ وَإِنْ يَعُودُوا فَقَدْ مَضَتْ سُنَّتُ الْأَوَّلِينَ﴾[9].

فهذه الآيات جميعها تؤكد بما لا يدع مجالا للشك، بأنه لا جريمة إلا بعد بيان ولا عقوبة، إلا بعد إنذار، وأن الله سبحانه وتعالى، لا يأخذ الناس بعقاب، إلا بعد أن

---

(1)انظر: الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي ، جـ١ ، ص ١٥ .
(2)عبد القادر عودة : " التشريع الجنائي الإسلامي .. "جـ١، مرجع سابق، ص ١١٥.وانظر: الدكتور يوسف محمود قاسم" البراءة الأصلية أساسها وتطبيقاتها العملية في الدراسات الشرعية والقانونية "، مرجع سابق، ص ١٨. الدكتور إبراهيم عطية محمود قنديل: المرجع السابق، ص٢٦٠.
(3)المستصفى، للغزالي، مرجع سابق ص١٦٠ ، إرشاد الفحول: الإمام الشوكاني ، مرجع سابق ص٢٩٨ ، وانظر كتاب الإبهاج ، علي بن عبد الكافي السبكي ، مرجع سابق ، جـ٢ ص١٦٨.
(4) سورة الإسراء: الآية ١٥.
(5) سورة القصص: الآية ٥٩.
(6) سورة النساء: الآية ١٦٥
(7) سورة الأنعام: الآية ١٩.
(8)سورة البقرة : الاية٢٨٦
(9) سورة الأنفال : الآية ٣٨ .

يبين لهم وينذرهم على لسان رسله، وأنه ما كان ليكلف نفساً إلا بما تطيقه[1].

ويبقى تساؤل نطرحه على بساط البحث مفاده: كيف طبق التشريع الجنائي الإسلامي قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ؟

وللإجابة على هذا التساؤل، ينبغي أن نشير إلى أن التشريع الإسلامي، لم يطبق القاعدة على غرار واحد في كل الجرائم ، بل يختلف التطبيق بحسب ما إذا كانت الجريمة من جرائم الحدود و جرائم القصاص والدية ، أم من جرائم التعازير ، وذلك على النحو التالي :

أولا : لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في جرائم الحدود :

طبق التشريع الإسلامي مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، تطبيقا دقيقا، في جرائم الحدود[2] ، وهذا ظاهر بجلاء من خلال تتبع النصوص التي حددت هذه الجرائم وعقوباتها.

وجرائم الحدود سبع تتمثل في: الزنا والقذف ، وشرب الخمر ، والسرقة ، والحرابة ، والردة ، وأخيراً البغي .

(أ) ففي جريمة الزنا: يقول الله تعالى في تجريمه: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾[3] . ويقول -تبارك وتعالى- بشأن العقوبة: ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ﴾[4] .وعن عبادة بن الصامت قال: قال: رسول الله ﷺ:« خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا، البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم »[5] . فهذه النصوص جلية واضحة في تحريم "تجريم " الزنا، وتعاقب عليه بالجلد والتغريب والرجم. وهي كل العقوبات المقررة ولا يستطيع القاضي أن يزيد عليها او ينقص منها كما وكيفا.

---

(1) عبد القادر عودة : " التشريع الجنائي الإسلامي ... "، جا ، مرجع سابق، ص ١١٧و١١٨.
(2) انظر ما سيلي في الباب الرابع الفصل الثالث.
(3) سورة الإسراء: الآية ٣٢.
(4) سورة النور: الآية ٢.
(5) صحيح مسلم، للإمام مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري ٢٠٦- ٢٦١ هـ دار إحياء التراث - بيروت - جـ٣، ص١٣١٦

(ب) وفي جريمة القذف: يقول سبحانه وتعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ﴾[1]. فبهذا النص القرآني حرم القذف وعاقب عليه بعقوبة اصلية هي الجلد وعقوبة اخرى تبعية وهي الحرمان من حق اداء الشهادة.

(ج)وفي جريمة شرب الخمر: يقول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾[2]، ويقول الرسول ﷺ: . كل مسكر حرام. ويقول ﷺ: . ما اسكر كثيره فقليله حرام. ويقول ايضا: . إن على الله عز وجل عهدا لمن يشرب المسكر أن يسقيه من طينة الخبال. فالوا يا رسول الله: وما طينة الخبال قال عرق اهل النار او عصارة اهل النار.[3]. ويقول رسول الله ﷺ ايضا:. من شرب الخمر في الدنيا لم يشربها في الآخرة إلا أن يتوبه[4]. وقد ورد عن النبي ﷺانه اتي برجل قد شرب الخمر فجلده بجريدتين نحو أربعين، وكذلك فعل أبو بكر، فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن أخف الحدود ثمانين فأمر به عمر[5].

ومجمل هذه النصوص قاطعة في مجال تحريم "تجريم " تناول الخمر والمسكرات، اما العقوبة في شأن شارب الخمر تحتاج إلى توضيح، لاسيما وإن هناك قلة من الفقهاء لا يعتبرونه من جرائم الحدود، وإنما من جرائم التعازير[6]، واستندوا في ذلك إلى أن هذه العقوبة لم تكن محددة، لا من حيث النوع، ولا من حيث المقدار. فقد أثر عن النبي ﷺ، انه جلد اربعين، ولكن لم يرو عنه بتحديد قاطع، وقد كان الشارب يؤتى به على عهد رسول الله، وفي خلافة أبي بكر ، وفي صدر خلافة عمر، فيضرب إما بالأيدي، أو بالنعال، أو بالأردية[7]. وفي أواخر عهد عمر عندما اشتد الفسق استشار الناس في حد الخمر وكان قد جلد أربعين فقال عبد الرحمن بن عوف: اجعله

---

(1) سورة النور: الآية ٤ .

(2) المائدة: الآية ٩٠.

(3) صحيح مسلم ، مرجع سابق، جـ٣، ص١٥٨٥

(4) المرجع السابق نفسه، جـ٣، ص١٥٨٨

(5) المرجع السابق نفسه، جـ٣، ص١٣٣٠

(6) سبل السلام، للأمير محمد بن إسماعيل الصنعاني ٧٧٣- ٨٥٢، دار إحياء التراث العربي- بيروت- ١٣٧٩، ط٤ جـ ٤ ص٣. انظر: استاذنا الدكتور. محمد ابو العلا عقيدة: " اصول علم العقاب"، مرجع سابق، ص١٠٨ و١٠٩.

(7)الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي، دار إحياء التراث العربي-بيروت-، جـ ١٠، ص ١٥٧.

كاخف الحدود ثمانين، فجلد عمر ثمانين، وكتب به إلى خالد، وأبي عبيدة بالشام وروي، ان عليا قال في المشورة:، إذا سكر هذي وإذا هذي افترى وعلى المفتري ثمانون[1]. وقد روي عن عمر أنه كان يجلد الرجل الضعيف اربعين[2].

ولكن هذا الرأي يخالف ما استقر عليه جمهور الفقهاء الذين ذهبوا إلى اعتبار العقوبة المقررة للخمر والمسكرات من عقوبات الحدود، استناداً إلى عدة أمور: فمن ناحية، لا خلاف على أن القرآن قد حرم الخمر بنص قطعي، أما العقاب فيذهب الإمام مالك وابو حنيفة واحمد والشافعي في أحد قوليه إنه ثمانون جلدة، وحجتهم: لما روي عن رسول الله ﷺ أنه أتي برجل قد شرب الخمر قال فجلده بجريدتين نحو الأربعين[3]، وقد يفهم من ذلك ان يكون ضربه بالجريدتين اربعين فتكون عدد الضربات مجتمعة ثمانين. واحتج القائلون بأن الحد ثمانون جلدة بالإجماع في عهد عمر، حيث وافقه على ذلك كبار الصحابة، وبه اشار الإمام علي، على الخليفة عمر، كما بينا في امر الاستشارة ومقولة الإمام علي[4].

والقول الآخر للشافعي في المشهور عنه وأحمد في رواية -وهو الصحيح- أنه أربعون، مستندين إلى تقدير ما فعله النبي ﷺ، وما فعله أبو بكر، أما الثمانون فكانت في عهد عمر ردعا للشاربين، وفي عهد على - رجع عن مشورته بعد ذلك- واقتصر على الأربعين، لأنها القدر الذي اتفقوا عليه في زمن النبي ﷺ. وكذلك كان أربعين جلدة في عهد عثمان[5].

ونخلص من ذلك، إلى أن الإجماع انعقد على تحريم شرب الخمر، ووجوب الحد فيه، لأن ابا بكر تحرى ما كان من النبي ﷺ في ضرب السكران، فصيره حداً واستمر

---

(1) المبدع، إبراهيم بن محمد بن عبدا الله بن مفلح الحنبلي،(٨١٦ - ٨٨٤هـ) ، المكتب الإسلامي بيروت ، ١٤٠٠ هـ ، ج٩ ص ١٠٢ . منار السبيل ،إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، ١٢٧٥هـ- ١٣٥٣هـ، مكتبة المعارف - الرياض- ، ١٤٠٥هـ ط٢ ، جـ ٢، ص ٣٣٥.

(2)وبعض فقهاء الشريعة يرى أن الحد اربعين وما زاد عن ذلك فهو تعزيز إن كان من اجتهاد الإمام، أما إذا كانت لازمة مؤبدة فهي حد. انظر: المبدع، بن مفلح الحنبلي، ٨١٦ - ٨٨٤هـ المكتب الإسلامي بيروت، ١٤٠٠ هـ، جـ ٧، ص ٢٦٣.

(3) انظر: مسند ابي عوانة، لأبي عوانة يعقوب بن إسحاق، (المتوفى ٣١٦)، دار المعرفة بيروت ١٩٩٨ ط١، جـ ٤ ص ١٥٠. مجمع الزوائد، علي بن ابي بكر الهيثمي المتوفى ٨٠٧ هـ دار الريان للتراث القاهرة ، ١٤٠٧ هـ ، ج٦ ص٢٧٩ ، شرح النووي على صحيح مسلم ، أبو زكريا يحي بن شرف النووي (٦٣١ - ٦٧٦ هـ) ، دار إحياء التراث العربي بيروت ، ١٣٩٢ هـ ، ط٢ جـ ١١ ص ٢١٥

(4)فيض القدير:عبد الرءوف المناوي، المكتبة التجارية الكبرى مصر، ١٣٥٦ ط١، جـ ٦ ص١٥٨. فتح الباري، ابن حجر العسقلاني (٧٧٣ - ٨٥٢ هـ)، دار المعرفة بيروت، ١٣٧٩ هـ، جـ ١٢، ص٧٢.

(5)فتح الباري، ابن حجر العسقلاني ، مرجع سابق ج١٢ ص٧٢ .

عليه وكذا استمر من بعده وإن اختلفوا في العدد، فذلك من باب الرحمة والتخفيف، وإن كان الغالب من رجال الفقه قد اتفقوا على عقوبة شارب الخمر أربعين جلدة، وأما ما زاد عن ذلك فهو من باب التعزير ، لما يسببه في إزالة العقل من أفعال تؤدي للقذف أو القتل وغيرها من أنواع الإيذاء وترك الصلاة وغير ذلك.

والجدير بالذكر، أن المقنن اليمني - في المادة ٢٨٣ من القرار بقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤، بشأن الجرائم والعقوبات، قد جعل عقوبة شرب الخمر ثمانين جلدة حداً، إذا تعاطاها مسلم بالغ عاقل. وإذا شربها في مكان عام يجوز تعزيره بعد إقامة الحد بالحبس مدة لا تتجاوز سنة. وهذا يعني أن المشرع اليمني قد أخذ بالرأي القائل بأن حد الخمر ثمانون جلدة. وزاد عليها عقوبة تعزيرية تتمثل بالحبس، عملاً بجواز الجمع بين العقوبة والتعزير.

(د) وفي جريمة السرقة: يقول الله تعالى:﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [١].

فهذا النص قاطع في تجريم السرقة وفي العقوبة إذا توفرت الشروط الشرعية في ذلك وتوافر النصاب القانوني وعدد الشهود.

(هـ) وفي جريمة الحرابة: يقول تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَاداً أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [٢] فهذا النص يحرم الحرابة، والحرابة هي وصف لمن يقطع الطريق ويروع الناس ويسعى بالفساد في الأرض، ويعاقب المحارب بإحدى الأنواع الأربعة: النفي أو القطع أو القتل أو الصلب والإمام مخير بين هذه الأربعة باعتبار المصلحة [٣].

(و) وفي جريمة الردة: يقول الله تعالى: ﴿ وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الإِسْلامِ دِيناً فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي

---

(١) سورة المائدة، الآية ٣٨.

(٢) سورة المائدة، الآية رقم ٣٣.

(٣) الشرح الكبير، لأبي البركات الدرديري ، دار الفكر بيروت ، جـ٤ ، ص ٣٥٠ .

الآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾[1] ، ويقول سبحانه وتعالى: ﴿وَمَن يَرْتَدِدْ مِنكُمْ عَن دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾[2].

ويقول النبي ﷺ: « من بدل دينكم فاقتلوه »[3] ويقول ﷺ: « لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه، المفارق للجماعة»[4]. فهذه النصوص تحرم الردة وتعاقب عليها بالقتل.

(ز) وفي جريمة البغي: يقول الله تعالى: ﴿ وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ ﴾[5]. ويقول ﷺ: « من أتاكم وامركم جميعا على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم أو يفرق جماعتكم فاقتلوه»[6]. وفي هذا تحريم بغي طائفة على طائفة، وتجعل عقوبة البغي القتال والقتل حتى يفيء الباغي ويرجع عن بغيه.

ويتبين مما سبق، أنه لا جريمة من جرائم الحدود، إلا وقد نص التشريع الإسلامي عليها، كما نصت على عقوبتها، بل وحددت عقوباتها بدقة، حتى إنها لا تكاد تترك أية حرية في اختيار نوع العقوبة، أو تقدير كمها. باستثناء بعضها مما يحتمل بطبيعته أن يكون ذا حدين[7].

ثانيا: لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في جرائم القصاص:

مما لاشك فيه، أن التشريع الجنائي الإسلامي قد طبق مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في جرائم القصاص والدية، وليس أدل على ذلك ما تحمله لنا نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة وإجماع الصحابة رضوان الله عليهم.

و الجرائم التي يعاقب عليها بالقصاص، تشمل القتل العمد، وإتلاف الأطراف

---

(1) سورة آل عمران : الآية ٨٥

(2) سورة البقرة : الآية ٢١٧ .

(3) صحيح البخاري، ص ٢٦٨٢.

(4) صحيح مسلم، مرجع سابق ، جـ٢ ، ص ١٣٠٢

(5) سورة الحجرات : الآية ٩ .

(6) صحيح مسلم، مرجع سابق، جـ٢، ص ١٤٨٠.

(7) انظر : عبد القادر عودة : "التشريع الجنائي الإسلامي ... "، جـ١، مرجع سابق ، ص١٣٦ .

عمداً، والجرح عمداً. أما الجرائم التي يعاقب عليها بالدية فهي جرائم القصاص، إذا عفي عن القصاص، أو امتنع القصاص لسبب شرعي، وكذا جريمة القتل شبه العمد، والقتل الخطأ، وإتلاف الأطراف خطأ، والجرح الخطأ. والأسانيد الشرعية في ذلك كثيرة ومفصلة وتملأ كتب الفقه الإسلامي، ولا يتسع المقام لذكرها.

ومن الجدير بالطرح، ان التشريع الجنائي الإسلامي، فيما يتعلق بجرائم القصاص والدية أجاز - بل حث- المجني عليه، أو وليه، أن يعفو عن حقه في العقاب كون جرائم القصاص والديّة حقاً للأفراد، يجوز لهم التنازل عن العقوبة، أما ولي الأمر لا يملك إسقاط عقوبة القصاص، أو الدية، أو يعفو عن إحداها - كما هو الوضع في جرائم الحدود - لأنه لا يملك إسقاط حقوق الله ولا حقوق الأفراد[1]. ولا يمنع ذلك من تطبيق عقوبة تعزيرية في حال العفو عن القصاص ، تحقيقاً للردع والزجر.

ثالثا: لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في جرائم التعازير:

للوقوف على حقيقة تطبيق مبدا لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في جرائم التعازير، لا بد لنا أولاً من تحديد مفهوم التعزير كعقوبة: حيث ينصرف مفهوم التعزير - كما عرفه فقهاء المسلمين - إلى انه تأديب على معاصي لم يشرع فيها حد مقدر، ولا كفارة. وإنما شرعت للزجر والردع، وليس لها مقدار معلوم في العادة[2] كاستمتاع لا حد فيه، وسرقة لا قطع فيها، وجناية لا قود فيها، وإتيان المرأة المرأة والقذف بغير الزنا، ونحوه[3]، بمعنى آخر ان التعزير عقوبة على جرائم لم يضع التشريع الجنائي الإسلامي لكل منها عقوبة معينة مقدرة،لا بد من تطبيقها على الجاني، كما هو الحال في جرائم الحدود، أو جرائم القصاص والديّة،وإنما وضعت لها عدة عقوبات، وللقاضي حرية الاختيار منها، وفقاً لما يراه من ظروف الجريمة والمجرم. مع الوضع في الاعتبار أن التشريع الجنائي الإسلامي لم يترك للقاضي حرية مطلقة في تقرير العقوبات الزاجرة كيفما شاء، وفقاً لرغباته، بل أوجبت أن يكون ذلك متفقاً مع نصوص الشريعة ومبادئها العامة، وأحكامها الكلية[4].

---

(1) عبد القادر عودة، المرجع السابق نفسه ، ص١٢٥.

(2) أحكام القرآن للجصاص، مرجع سابق ، ج٥، ص ٢٨٥

(3) زاد المستقنع، موسى بن أحمد بن سالم المقدسي الحنبلي ،(المتوفى ٦٩٠ هـ) ، دار النهضة الحديثة - مكة المكرمة-،ج١ ص٢٣٦. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي، مرجع سابق، ج ١٠، ص ٢٣٩. منار السبيل ،لابن ضويان، مرجع سابق ، ج ٢، ص ٣٢٨.

(4) عبد القادر عودة :" التشريع الجنائي الإسلامي ..."، ج١، مرجع سابق، ص١٢٨.

ومن امثلة النصوص العامة التي يستنبط منها اولو ألأمر الجرائم والعقوبات، النصوص التي تنهى عن الفحشاء والمنكر والبغي، والنصوص التي تحرم الخبائث والظلم والعدوان والباطل، والنصوص التي تحرم اكل اموال الناس بغير حق. ولا شك ان النص بالعموميات دون الجزئيات ، دليل على عموم الشريعة وملاءمتها وصلاحيتها لكل زمان ومكان[1].

ومن الجدير بالطرح، ان جرائم التعازير، هي القسم الأكبر من الجرائم التي ترك لولي الأمر حرية تجريم ما يرونه ضار بالمصلحة العامة، ويرجع ذلك إلى أن ميدان جرائم التعازير ميدان واسع، لا تتناهى وقائعها، وأحداثها، فلا تحصى عدداً، وبالتالي لا يمكن ضبطها بنص، ذلك أن النصوص تتناهى والوقائع لا تنضبط ولا تتناهى ويستحيل ان يرد ما لا يتناهى إلى ما يتناهى[2].

فالشارع لا يمكنه حصر كل أنواع الجرائم حصراً جامعاً مانعاً، ذلك أن ما يعتبر جريمة في زمان، أو مكان معين، قد لا يكون كذلك في زمان أو مكان آخر، ولهذا السبب اكتفى الشارع الإسلامي بالنص على ما يراه من الجرائم ضاراً بمصلحة المجتمع بصفة دائمة، لا يتغير بتغير الزمان او المكان، وفيما عدا ذلك ترك الأمر لولي الأمر كي يجرموا ويعاقبوا، وفقاً للسياسة الجنائية التي ترتكز على التوازن الدقيق بين حماية المصالح المختلفة

والعقوبات التعزيرية التي وردت في كتب الفقه الإسلامي تتدرج بدءاً بالنصح والإعراض عن الشخص ذي المكانة، ثم التوبيخ، أو الحبس، أو تكون بالنفي والإبعاد أو تكون بالجلد بما لا يزيد عن عشرة أسواط في أصح الروايات[3]. ويصح ان يصل

([1]) الدكتور عصام عفيفي حسيني عبد البصير: "مبدأ الشرعية الجنائية"، مرجع سابق، ص ٩٤.

([2])البرهان في اصول الفقه، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، (٤١٩ - ٤٧٨ هـ) دار الوفاء - المنصورة ، مصر- ط٤ ١٤١٨ هـ ، جـ٢ ،ص ٨٨٢. استاذنا الدكتور محمد أبو العلا عقيدة: "أصول علم العقاب"، مرجع سابق، ص ١١٨.

([3])اختلف الفقه على عدد الجلدات في التعازير، فالقول الأول : ورد عن الإمام احمد انه قدره لا يزاد على عشر جلدات وسندهم ما رواه ابو بردة قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يجلد أحد فوق عشرة اسواط إلا في حد من حدود الله تعالى متفق عليه. والقول الثاني وهو قول ابي حنيفة والشافعي انه لا يبلغ به الحد، وقد يراد بذلك الا يبلغ به ادنى حد مشروع فعلى هذا لا يبلغ به اربعين سوطا لأنها حد العبد في الخمر والقذف فلا يزاد على تسعة وثلاثين سوطا وهذا قول الشافعي والحنفي وقال ابن ابي ليلى وابو يوسف أدنى الحدود ثمانون فلا يزاد في التعزير على تسعة وسبعين ويحتمل كلام انه لا يبلغ بكل جناية حدا مشروعا في جنسها ويجوز ان يزيد على جنسها . وروي عن احمد ما يدل على هذا فعلى هذا ما كان سببه الوطء جاز أن يجلد مائة إلا سوطا لينقص عن حد الزنا وما كان الوطء لم يبلغ به ادنى الحدود لما روي عن النعمان بن بشير في الذي وطئ جارية امراته بإذنها بجلد مائة وهذا تعزير؛ لأنه في حق المحصن وحده إنما هو الرجم. وإذا ثبت تقدير اكثره ، فليس أقله

التعزير إلى حد القتل إذا كان الجرم يضر ضرراً بالغا بالمصلحة العامة[1].

واعطى التشريع الإسلامي القاضي سلطة واسعة في اختيار العقوبة التي يراها ملائمة من بين العقوبات المقررة، وله أن يختار العقوبة وفقا لشخصية المتهم وسوابقه ودرجة تأثره بالعقوبة، وإلى أثر الجريمة في الجماعة، وجعلت للقاضي ان يعاقب بعقوبة واحدة. أو بأكثر منها، وان يصعد بالعقوبة، أو ينزل بها، هذه هي سلطة القاضي في التشريع الجنائي الإسلامي، وليست سلطة تحكمية بحسب مزاجه، أو هواه الشخصي، فلا يجوز للقاضي التعزير بغير المناسب لمستحقه [2].

وهذه الطريقة هي التي أكسبت التشريع الإسلامي، عنصر الثبات وصلاحية التطبيق في كل زمان ومكان، فقد مكنت القضاء من توسيع سلطانه في اختيار العقوبة الملائمة للمجرم وللجريمة، خصوصا في هذا العصر الذي تطورت فيه الكثير من الوسائل التي تخدم الإنسان والمجتمع، ومعها زادت الوقائع التي تمس المصالح الاجتماعية.

والنهج الذي سلكه التشريع الجنائي الإسلامي، هو ما اتجهت إليه القوانين الوضعية في الوقت الراهن، في توسيع سلطة القاضي الجنائي بوضع حد أعلى وأدنى للعقوبة. ومع ذلك، لا زالت سلطة القاضي في القوانين الوضعية، أضيق من سلطة القاضي في التشريع الإسلامي. وكثيراً ما يتعرض الأول للحرج، حيث يجد نفسه عاجزاً عن توقيع العقوبة التي تتلاءم مع الحالة المعروضة عليه.مما دفع رجال القانون إلى المطالبة بتوسيع سلطة القاضي في تطبيق العقوبة، وذلك بتحديد الحد الأقصى للعقوبة دون الحد الأدنى، حتى تكون العقوبة محققة للغاية من تشريعها[3].

ومجمل القول: إن التشريع الجنائي الإسلامي، قد طبق مبدا لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في جرائم التعازير، إلا أنه لم يطبقها بالشكل التي طبقت فيها جرائم

- مقدرا لأنه لو تقدر لكان حدا ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قدر اكثره ولم يقدر اقله فيرجع فيه إلى اجتهاد الإمام فيما يراه وما يقتضيه حال الشخص، وقال مالك: يجوز أن يزاد التعزير على الحد إذا رأى الإمام . انظر : المغني لابن قدامة المقدسي، من ٥٤١-٦٢٠هـ ، دار الفكر - بيروت- ١٤٠٥هـ الطبعة الأولى ، جـ٩ ، ص ١٤٨. روضة الطالبين وعمدة المفتين ، النووي (يحي بن شرف)، دار الفكر ، جـ ١٠ ، ص ١٧٤.

(1) منار السبيل ، لابن ضويان، ، جـ ٢، ص ٣٢٨.

(2) انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم (زين الدين)، دار المعرفة، ١٩٩٣ جـ٥ ص ٤٥. وراجع: الدكتور محمد سليم العوا، "أصول النظام الجنائي الإسلامي"، دار المعارف، ط٢ ١٩٨٣ م، ص٥٨ وما بعدها. الدكتور محمد محمد فرحات، " المبادئ العامة في الفقه الجنائي الإسلامي"، دار النهضة العربية، ط١ ١٩٩٧ - ١٩٩٨، ص٦٢.

(3) عبد القادر عودة، " التشريع الجنائي الإسلامي ..."، جـ١ ، مرجع سابق، ص١٥٩ .

الحدود، أو جرائم القصاص والدية، وإنما توسعت في تطبيق المبدأ على جرائم التعازير وقد فرضت المصلحة العامة هذا التوسع الذي جاء على حساب العقوبة في أغلب الأحوال، إذ لا يشترط في جرائم التعازير، أن يكون لكل جريمة عقوبة محددة يلتزم بها القاضي كما هو الحال في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية. فالقاضي يختار لكل جريمة ولكل مجرم العقوبة المناسبة. من مجموعة العقوبات المقررة لعقاب جرائم التعازير كلها، وللقاضي أن يخفف العقوبة، أو أن يغلظها حسب ظروف الجريمة والمجرم.

وبعد هذا العرض لمفهوم مبدأ شرعية التجريم والعقاب في القانون الوضعي وفي التشريع الإسلامي، يتحتم علينا أن نبين أوجه العلاقة بين مبدأ شرعية التجريم والعقاب وأصل البراءة.

المطلب الرابع

أوجه العلاقة بين أصل البراءة و مبدأ شرعية التجريم والعقاب

نستخلص مما سبق، أن هناك ترابطاً بين أصل البراءة، ومبدأ شرعية التجريم والعقاب، فإلى جانب الترابط التاريخي بينهما، هناك أوجه أخرى تربط بينهما وذلك على النحو التالي:

الوجه الأول: وحدة الترابط بينهما في الأساس، فإذا كان الأساس الشرعي لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون، هو أن الأصل في الأشياء الإباحة، وأن الاستثناء هو التجريم والعقاب، فإن هذا الأساس يفرض ذاته حتماً على معاملة المتهم عند التوسل بالإجراءات الجنائية،إذ يتطلب ذلك معاملته على أساس أنه بريء حتى يثبت جرمه وفقاً للقانون.

ومما يدلل على وحدة الترابط بين هذين المبدأين، أن العديد من الدساتير تقرن مبدأ شرعية التجريم والعقاب، " بافتراض براءة المتهم" في نص واحد أو في نصين متتالين، فعلى سبيل المثال: ربط الدستور اليمني المعدل في ٢٩ سبتمبر ١٩٩٤ بين المبدأين في مادة واحدة وهي المادة ٤٧، حيث نصت على أن " المسئولية الجنائية شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص شرعي او قانوني، وكل متهم بريء حتى تثبت

إدانته بحكم قضائي بات..."[1] .وتضمنتهما المادة ٣٢ من دستور الجمهورية السودانية الصادر سنة ١٩٩٨، حيث نصت على انه : " لا يجرم احد ولا يعاقب على فعل إلا وفق قانون سابق يجرم الفعل ويعاقب عليه، والمتهم بجريمة بريء حتى تثبت إدانته قضاءً، وله الحق في محاكمة ناجزه وعادلة، و في الدفاع عن نفسه واختيار من يمثله في الدفاع".

ولعل ما يؤكد هذا الارتباط، ما ذهب إليه المؤتمر الذي عقدته الجمعية الدولية لرجال القانون في نيودلهي عام ١٩٥٩ . حيث انتهت إلى أن تطبيق مبدا الشرعية ينطوي على الاعتراف بقاعدة " افتراض براءة المتهم إلى أن تثبت إدانته"[2].

وقد دفع بعض الفقه[3] عند التعليق على الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، إلى القول بأن المعنى الحقيقي لقاعدة " شرعية الجرائم والعقوبات " ، يتمثل في ضمان اصل البراءة لكل متهم.

الوجه الثاني : الترابط بين المبدأين. من حيث وحدة الغاية التي تجمع بينهما: فكلاهما يشكلان صمام الأمان لأقدس حق من حقوق الإنسان، وهي الحرية الشخصية: فقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات التي يخضع لها القانون الجنائي، لا تكفي وحدها لحماية حرية الإنسان، إذا أمكن القبض عليه أو حبسه أو اتخاذ الإجراءات اللازمة لمحاكمته مع افتراض إدانته[4]، لأن ذلك معناه إمكانية المساس بحريته الشخصية، دون أن تكفل له الضمانات التي تقيد من هذا المساس،كما تعني

---

(1) انظر على سبيل المثال: الدستور المصري الصادر في ١٩٧١ في مادتيه ٦٦ و٦٧، والدستور الجزائري -الصادر في ١٩٩٦ المعدل لدستور ١٩٨٩- في المادتين٤٥ و٤٦ حيث نصت المادة ٤٥ على ان:كلّ شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته، مع كلّ الضمانات التي يتطلّبها القانون. ثم نصت المادة ٤٦على انه " لا إدانة إلاّ بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرّم. وتضمنهما دستور دولة الكويت الصادر في ١١ نوفمبر ١٩٦٢ حيث نصت المادة ٣٢ منه على أنه:" لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص عليها. ونصت المادة ٣٤منه على أن " المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع. ويحظر إيذاء المتهم جسمانيا او معنويا ".

(2)انظر: الدكتور احمد إدريس احمد: "افتراض براءة المتهم "، مرجع سابق، ص١٩٩.

(3)Karel Vasak: "Convention européenne des Droits de l'Homme", Paris 1964, p48 et49.

اشار إليه استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور:" القانون الجنائي الدستوري"، مرجع سابق، ص٢٨٤هامش رقم١.

(4) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور : " الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية "، مرجع سابق ص١٢٨.

جواز ان تبنى الإدانة على الشك، أو ان يتجشم المتهم عبء إثبات براءته من الجريمة المنسوبة إليه، فإن عجز عن إثبات براءته -وهو امر مؤكد في الغالب- يصبح مسئولاً عن جريمة لم تصدر عنه.

والقول بإمكانية المساس بحرية المتهم من غير طريق القانون، أو كان من الممكن إسناد الجرائم للناس، ولو لم يثبت ارتكابهم لها عن طريق افتراض إدانتهم، يفضي إلى نتيجة مؤداها، قصور في الحماية التي تكفلها قواعد الشرعية الجنائية[1]، لذلك كان لابد من تعضيد قاعدة " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" بقاعدة أخرى تحكم تنظيم الإجراءات التي تتخذ ضد المتهم، وهي قاعدة الشرعية الإجرائية التي تؤسس على ان الأصل في المتهم البراءة[2].

فالمبدآن كما هو واضح يحميان الحرية الشخصية؛ إذ المبدأ الأول يحمي الإنسان من خطر التجريم والعقاب، فلا جريمة ولا عقوبة بغير نص مكتوب ينشر ليعلم به الكافة، والمبدأ الثاني وهو الأصل في المتهم البراءة يحمي المتهم من خطر الإجراءات التي ستتخذ ضده.

الوجه الثالث: مؤداه، أنه إذا كان مبدأ الشرعية الجنائية يفرض على المشرع عند وضع قواعد التجريم والعقاب، أن يتقيد بالمبادئ التي يضعها الدستور؛ فإن من هذه المبادئ وأهمها بطبيعة الحال أصل البراءة. وهو كما ذكرنا سابقاً عنصر من عناصر الشرعية الإجرائية، أو بالأحرى هو جوهر الشرعية الإجرائية[3].

والقول الفصل، أن المبدأين مرتبطان ارتباطاً وثيقاً، قوامه أن بناء الشرعية الجنائية يقوم على دعامتين: هما شرعية الجرائم والعقوبات، وأساسها: لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، والشرعية الإجرائية وأساسها ان الأصل في المتهم البراءة. وأن القانون الجنائي بشقيه الموضوعي والإجرائي يخضع لهاتين الدعامتين المكونتين للشرعية الجنائية. وأن التشريع الإسلامي، يستمد هذين المبدأين من قاعدة واحدة هي قاعد استصحاب الحال.

(1) الدكتور احمد فتحي سرور : المرجع السابق نفسه، ص١٢٨.

(2) الدكتور هلالي عبد اللاه أحمد : " النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية "، دار النهضة العربية، ط١ ١٩٨٧ م، ص ٤٥١.

(3) الدكتور مصطفى فهمي الجوهري، الوجه الثاني للشرعية الجنائية، مرجع سابق،ص٥٢ وما بعدها.

الفصل الثاني

تكريس أصل البراءة في التشريعات المعاصرة

تمهيد وتقسيم :

على الرغم من ان عبارة "المتهم بريء حتى تثبت إدانته" قد استقرت في وجدان المجتمعات البشرية وأصبحت من المسلمات لديها تحظى بقيمة أخلاقية، إلا ان الحاجة إلى صياغتها في نص تشريعي أمر لابد منه، لإكسابها قيمة قانونية. وإضفاء حماية قانونية لها تضمن عدم المساس بها أو إهدارها.

ولذلك فقد تضمنتها المواثيق والمعاهدات الدولية والإقليمية، وأكدتها العديد من الدساتير والتشريعات الإجرائية بصيغ مختلفة.

وسوف نتحدث في هذا الفصل عن التكريس التشريعي لأصل البراءة وقوته الإلزامية. في ثلاثة مباحث على النحو التالي :

المبحث الأول : أصل البراءة في المواثيق الدولية.

المبحث الثاني : أصل البراءة في الدساتير المختلفة.

المبحث الثالث : أصل البراءة في قوانين الإجراءات الجنائية

المبحث الأول
أصل البراءة في المواثيق الدولية

تمهيد وتقسيم:

سبق القول بأنه منذ منتصف القرن الثامن عشر بدأت الانتقادات توجه لمظاهر المساس بالحرية الشخصية، ونادى الفلاسفة والمفكرون باحترام الحرية الفردية ومعاملة المتهم على اساس انه بريء حتى تثبت إدانته. وقد ظهر ذلك -جليا- في جملة من المؤلفات، التي بدأت تهاجم النظام الجنائي والإجرائي السائد آنذاك. فكان لها ابلغ الأثر في إحداث تطور تشريعي للقانون الجنائي[1].

ففي ايطاليا، نادى الفيلسوف الإيطالي " شيزاري بكاريا " في كتابه الشهير " الجرائم والعقوبات" لسنة ١٧٦٤ ، باحترام الحرية الشخصية، واحترام أصل البراءة بقوله: " **لا يمكن لأي شخص، ان يعد مذنباً قبل ان يصدر القاضي بحقه حكما بالإدانة، ولا يستطيع المجتمع حرمانه من الحماية العامة، قبل ان يثبت انه، في واقع الحال، قد انتهك الشروط التي بمقتضاها نال هذه الحماية**"[2].

كما انتقد بشدة استعمال التعذيب عند التحقيق، قائلاً: إنه تبرز نتيجة غريبة عند استخدام التعذيب، مؤداها أن الشخص البريء يكون في وضع أسوء من وضع الشخص المذنب، فإذا عُذّبا الاثنين . فإن البريء ليس امامه سوى الخسارة، فهو إما أن يعترف بالجريمة بعد التعذيب، ويدان بعد ذلك، او ان يبرأ، فيكون قد عانى من العقوبة التي لم يكن ليستحقها، وبالعكس فإن الشخص المذنب قد تكون لديه فرصة للكسب، فنتيجة مقاومته القوية للتعذيب قد يبرأ، وبالتالي يكون قد أنقذ نفسه من عقاب اشد بتحمله العقوبة الأخف. وهكذا، فإن البريء يكون في وضع أسوء من المذنب[3].

وقال مونتسكيو في كتابه " روح القوانين ": إنه " عندما لا تضمن براءة

---

(1) voir:Gaston Stefani, Georges Levasseur et Bernard Bouloc:"Procédure pénale", Dalloz ,16ème édition, p.26 et s.

(2) بكاريا: " الجرائم والعقوبات " ، ترجمة الدكتور يعقوب محمد حياتي، الكويت، ط١، ١٩٨٥، ص٥١ وما بعدها .

(3) بكاريا: " الجرائم والعقوبات : المرجع السابق نفسه ، ص٥١.

المواطنين، فلن يكون للحرية وجود.."[1].

وعلى ضوء ذلك، سوف نبين في هذا البحث تكريس المواثيق المعاصرة لهذا المبدأ. وذلك على النحو التالي :

أولا : المبدأ في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في فرنسا :

اسهم العديد من كتاب الثورة الفرنسية، امثال فولتير وروسو وغيرهم بكتاباتهم في ذكر المبدا، وضرورة وضع الضمانات الكفيلة بحماية اصل البراءة وصيانة الحرية الشخصية[2].

وكرد فعل لتلك الصيحات التي نادى بها أولئك المفكرين والفلاسفة، جاء إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي في ٢٦ اغسطس سنة ١٧٨٩ إبان الثورة الفرنسية، مؤكداً على احترام حقوق الإنسان بصفة عامة واحترام حق المتهم في أصل البراءة حتى تتقرر إدانته[3]، حيث جاء في المادة التاسعة منه: ان" كلَ شخص اتهم بارتكاب جريمة يفترض انه بريء حتى تثبت إدانته قانوناً.."[4].

وبموجب هذا الإعلان يكون القانون الفرنسي قد تكفل صراحة بحماية اصل البراءة[5].

وبناء عليه، كان لابد من إلغاء تلك الانتهاكات الصارخة التي جرى عليها

([1])مونتسكيو: " روح القوانين". الجزء الأول. ترجمة عادل زعيتر. القاهرة. دار المعارف المصرية. ١٩٥٢، ص٢٧٢.

([2])انظر: الدكتور محمود محمود مصطفى: "الإثبات في المواد الجنائية "، مرجع سابق، ص ٥٧. الدكتور عمر الفاروق الحسيني: " تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف "، المطبعة العربية الحديثة، ١٩٨٦، ص١٩ وما بعدها.

([3])Henri LECLERC : La présomption d'innocence et la procédure pénal , actes du colloque sur "La présomption d'innocence". Ce colloque a eu lieu le samedi 4 mars 1995 à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, Revue Européenne de Philosophie et de Droit, premier numéro,

([4])Article 9 :du Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen 26 août 1789: "Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.

([5])Christine LAZERGES : La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes, Dalloz, R.S.C.N°1, janv.-mars, 2001.P8.

العمل وفقا للنظام السابق، والاتجاه نحو الحفاظ على حقوق الأفراد، ووضع النصوص الكفيلة بحمايتها من الاعتداء عليها.

وعلى الرغم من تكريس المبدأ بموجب نص المادة التاسعة من الإعلان الفرنسي، فإن هذا المبدأ لم يحترم كاملاً عند التطبيق، فقانون التحقيق الجنائي لسنة ١٨٠٨ كان يسمح بحبس المتهم احتياطياً دون تمكينه من الاستعانة بمحام[1]. كما أن التحقيقات القضائية كانت تجري في سرية مطلقة، وأن المتهم لم يكن لديه سوى وسائل ضعيفة لتأمين دفاعه[2].

وبالتالي، افقد هذا الوضع أصل البراءة -على الأقل من الناحية الواقعية- وجوده وفعاليته.

والجدير بالذكر، أنه حتى تصديق فرنسا على المعاهدة الأوربية لحقوق الإنسان في ٣مايو ١٩٧٤ ، فإن النص الوحيد الذي يتكفل بحماية أصل البراءة هو نص المادة التاسعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في ١٧٨٩، وقد تم إدراج هذا الإعلان في مقدمة غالبية الدساتير المتعاقبة التي صدرت في فرنسا .

مدى القوة الإلزامية لإعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في فرنسا :

إذا كان إعلان حقوق الإنسان والمواطن " الفرنسي" قد نص صراحة على حق المتهم في أصل البراءة بموجب المادة التاسعة منه، فإن التساؤل الذي يفرض نفسه هو: عن القيمة القانونية للإعلان ومن ثم للحق في أصل البراءة، فهل له قوة ملزمة أعلى مرتبة من القوانين العادية؟

وللإجابة عن ذلك، يمكن القول: إن الفقه الفرنسي قد انقسم في هذا الشأن إلى اتجاهين وذلك على النحو التالي:

(1)JEAN PRADEL:" La *protection des droit de l'homme au cours de La phase* préparatoire du processus pénal , étude sur La protection des droits de l'homme dans La procédure pénale en Égypte , France et aux etats-uniu ,deuxième conférence du groupe égyptien de A.I.D.P., Alexandrie (avril 9-12 ,1988)p.201.
(2)Christos Bakas :" Les principes directeurs du procès pénal au regard de l'intérêt de la personne poursuivie" ,Thèse. Paris II 1982. p34.

الاتجاه الأول:

يرى انصار هذا الاتجاه[1] أن إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في١٧٨٩ ليس له قيمة قانونية ملزمة في مواجهة المشرع، وانما يتمتع فقط بسلطة ادبية او اخلاقية. وبالتالي تنعكس هذه القيمة الأدبية على كافة المبادئ التي احتوتها ومنها -بطبيعة الحال- اصل البراءة.

الاتجاه الثاني:

يرى غالبية الفقه الفرنسي[2] ان إعلان حقوق الإنسان والمواطن يتمتع بالقوة القانونية الملزمة " force obligatoire "، لأنه يعبر عن قواعد قانونية اعلى مرتبة من القانون العادي بل إنه أعلى من القانون الدستوري. وفي ذات الاتجاه عبر البعض[3] عن القوة الملزمة للإعلان بقوله : إن سكوت الدستور الفرنسي عن ذكر حقوق الإنسان لا يحول دون اعتبار القانون الطبيعي الذي عبر عنه إعلان ١٧٨٩ اسمى من الدولة.

ويرى انصار هذا الاتجاه انه من وجهة النظر الشكلية، فإن مقدمة الدستور وما تضمنته من نص إعلان حقوق الإنسان والمواطن قد تم إعداده من قبل الجمعية التأسيسية، اثناء ممارستها لاختصاصها التأسيسي، وبالذات إجراءات إعداد نصوص الدستور الأخرى. كما أن المقدمة قد صُوّت عليها في الجمعية التأسيسية، وعرضت للاستفتاء ووافق عليها الشعب. ومن ثم فإن مقدمة الدستور جزء لا يتجزأ عن بقية نصوص الدستور، وبالتالي، لا يمكن القول بفصل أيٍّ منهما عن الآخر[4].

---

(1)voir: JEAN PRADEL: " La protection des droit de l'homme au cours de la phase préparatoire du processus pénal ", op.Cit, p199.

الدكتور مصطفى فهمي الجوهري: " الوجه الثاني للشرعية الجنائية .." ، مرجع سابق، ص٢٦.

(2)Léon DUGUIT:"Traité de droit constitutionnel". Tome 3 édition,Paris, Ancienne librairie Fontemoing ,Cie, 1927, p 599 et .s.

انظر استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " الحماية الدستورية للحقوق والحريات"، مرجع سابق، ص ٧١.

(3)voir: Maurice Hauriou:" Droit Constitutionnel et Institutions politiques", 5° éd., 1966, Paris, Montchrestien, p.189.

انظر استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور " الحماية الدستورية.."، مرجع سابق، ص ٧١.

(4)G.VEDEL:"droit constitutionnel", Sirey 1949.p.326.
M.Duverger:"droit constitutionnel',1955, p.548. R.Carré de Malberg: "Contribution à la théorie générale de l'Etat", Tome 2 p. 167 et s.

اشار إليه الدكتور مصطفى فهمي الجوهري، المرجع السابق ص ٢٩.

ومما يؤكد على القيمة القانونية الملزمة للإعلان، صدور احكام من القضاء الفرنسي العادي تؤيد هذا الراي، فقد صدر حكم من محكمة السين في باريس استندت إلى نصوص مقدمة دستور ١٩٤٦ - السابق- لتقضي بإبطال بعض التصرفات الخاصة التي كانت تتضمن بعض وجوه التفرقة العنصرية[1]، اما مجلس الدولة الفرنسي، فإنه وإن كان لم يقر بأية قيمة قانونية لمقدمة دستور ١٩٤٦ باعتبارها كذلك،فإنه قد منح قيمة قانونية للمبادئ العامة، والتي هي اسبق في الوجود من تلك المقدمة، وما المقدمة إلا تذكير بهذه المبادئ[2].

والواقع ان هذا الخلاف على القيمة القانونية للإعلان كان سابقاً على صدور دستور ١٩٥٨ اما بعد صدور دستور ١٩٥٨[3] فقد خفت وتيرة الخلاف، خصوصاً بعد ان اكد الدستور -مُجَدِداً- في مقدمتّه على أن الشعب الفرنسي يعلن تمسكه بصفة رسمية بحقوق الإنسان المبينة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩[4].

واستند انصار الراي القائل بالقيمة القانونية الملزمة للإعلان ولمقدمة دستور ١٩٥٨ ان المادة ٦١ من دستور١٩٥٨ تنص على ان يختص المجلس الدستوري بالحكم فيما إذا كانت القوانين المحالة إليه تتطابق مع الدستور ام لا، وبالتالي يجب على المجلس الدستوري -حال ممارسته لدوره الرقابي -، ان يعدم كل اثر لأي نص يتضمن خرقا لمبدا او لقاعدة في مقدمة دستور ١٩٥٨، او في إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩.

ومما يؤكد ان هذا الخلاف قد خف بعد تطبيق دستور ١٩٥٨، وأن الاتجاه الغالب من رجال الفقه الدستوري أصبح يعترف بالقيمة الدستورية لمقدمة الدستور وللإعلان الذي يعد جزءاً منها ، أن مجلس الدولة الفرنسي اتخذ موقفاً اكثر صراحة نحو الاعتراف باكتساب الإعلان قوة القانون الدستوري بعد أن تضمنته مقدمة دستور سنة١٩٥٨. حيث قرر في اكثر من مرة، ان اي نص تشريعي يعتبر غير دستوري عندما يتعارض مع مبدا منصوص عليه إمّا في مقدمة الدستور، وإمّا في

---

(1) Tribunal Civil de la Seine du 22 Janvier, 1947,Gaz. Pal.1947, I, juris. p.67.

اشار إليه الدكتور مصطفى فهمي الجوهري: المرجع السابق نفسه، ص٣٠.

(2) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: "القانون الجنائي الدستوري"، مرجع سابق، ص ٢٨٢.

(3) "constitution du 3 juin 1958,Publiée au Journal Officiel du 5 octobre 1958,p. 9151.

(4) Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution

إعلان حقوق الإنسان ١٧٨٩. ومن تلك القرارات الصادرة عنه، والتي تؤكد القيمة الدستوريه "لقرينة البراءة" التي تضمنتها المادة التاسعة من الإعلان[١]، قرار عدم دستورية قانون العفو عن الجريمة " Amnistie ". كون المشرع لم يسمح للمشتبه في ارتكابه جريمة بإثبات براءته، استناداً إلى ان العفو جاء سابقاً على الحكم بالإدانة، وان العفو لا يجوز ان يوصد باب المطالبة بالبراءة امام القضاء، وان المشرع لا يجوز له بأية حال، أن يضع عقبة امام طلب الاعتبار او طلب إعادة النظر امام المحكمة المختصة التي تهدف إلى إثبات براءة المحكوم عليه[٢].

ويتبين لنا مما تقدم، أن إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩ قد اكتسب قوة القانون الدستوري بعد أن تضمنته ديباجة دستور١٩٥٨، وبالتالي، فإن نص المادة التاسعة منه والمتعلقة بأصل البراءة تحظى بذات القوة القانونية الدستورية، شانها شأن باقي نصوص الإعلان. وأن هذه القوة القانونية من المستوى الدستوري ينبغي احترامها من قبل المشرع العادي عند ممارسته لاختصاصه في إعداد وصياغة القواعد القانونية، ومنها بطبيعة الحال قواعد الإجراءات الجنائية.

والجدير بالطرح أن هذا الجدل حول القيمة القانونية للإعلان بوجه عام، والمبادئ الذي احتواها، وبالأخص اصل البراءة، لم يعد له معنى في الوقت الراهن بعد أن تضمنتها الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، وصادقت عليها فرنسا في ١٩٧٤، على ما سنوضحه.

ثانيا: تكريس المبدأ في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان:

يعد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي اجمعت عليه الأمم الأعضاء في منظمة الأمم المتحدة في العاشر من ديسمبر عام ١٩٤٨ ، مصدراً دولياً لحماية حقوق الإنسان بوجه عام، والحق في أصل البراءة على وجه الخصوص، حيث جاء في المادة "١/١١ " منه أن:" كل شخص متهم بجريمة يفترض انه بريء إلى أن يثبت ارتكابه لها قانونا في محاكمة علنية تكون قد وفرت له فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن

---

(١)Voir:Décision n° 80-127Dc. du 8 Juill.1989. Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002.

وانظر: استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري "ط ٢٠٠٤ مرجع سابق، ص ٢٨٣.

(٢) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: المرجع السابق نفسه، ص٢٨٣، والمراجع المشار اليها في الهامش.

نفسه"[1].

ويبرز هذا النص، الاعتراف الدولي باصل البراءة في المتهم، باعتباره حقاً من حقوق الإنسان الأساسية التي اجمعت عليه الجماعة الدولية، واصبح بموجبه محمياً من كل ما يؤدي للمساس بهذا الأصل خارج حالة الضرورة التي تقتضيها كشف الحقيقة، كون الإعلان قد رسم حدود ممارسة الدولة لحقها في العقاب، وحدود المساس بالحقوق والحريات للمصلحة العامة، على نحو يضمن التوازن بين اعتبارين جديرين بالحماية هما مصلحة الفرد في احترام حقوقه وحرياته التي كفلها الإعلان، ومصلحة المجتمع في كشف الحقيقة والوصول إلى الجاني ، من خلال إجراءات جنائية من شانها المساس بالحقوق والحريات.وهي إجراءات كفلها الإعلان ايضاً شريطة ان تكون في حدود الضرورة وان تحفظ للمتهم كرامته ، فلا يعامل على انه مدان قبل ان يصدر حكم بات بإدانته، او يتعرض للتعذيب لانتزاع الاعتراف منه، أو تمس حريته الشخصية دونما ضرورة يفرضها امن المجتمع، باعتبار الحرية الشخصية هي اغلى ما يملكه الإنسان، وهي قوام حياته ووجوده، وان حماية أصل البراءة هو في الأساس لحماية الحرية الشخصية.

-مدى القوة الإلزامية للإعلان العالمي لحقوق الإنسان

يثير هذا الإعلان مدى القوة القانونية الملزمة له، وما تضمنه من مبادئ ومنها بطبيعة الحال الحق في أصل البراءة، إذ بتحديد قوته القانونية يتحدد ما إذا كان هذا الإعلان يعد مصدراً من مصادر الحماية الجنائية لأصل البراءة أم لا؟

والواقع إن إلزامية الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بصفة عامة، وحق المتهم في اصل البراءة بصفة خاصة، محل خلاف بين فقهاء القانون. وهو خلاف يرتبط بالدرجة الأولى، بما يثار من خلاف حول مدى تمتع القانون الدولي بالقوة الإلزامية[2].

ويتمحور هذا الخلاف في اتجاهين نبرزهما على النحو التالي:

---

(1)حول نصوص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن، انظر: بنود هذا الإعلان على شبكة الانترنت اعدها قسم موقع الأمم المتحدة في إدارة شئون الإعلام - الأمم المتحدة، ٢٠٠٢ (باللغة العربية) في الرابط التالي : http://www.un.org/arabic/aboutun/humanr.htm

(2) انظر: الدكتور علي عبد القادر القهوجي: " المعاهدات الدولية أمام القاضي الجنائي " ، مجلة الحقوق تصدرها كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، الكتاب الثاني، العدد الرابع ١٩٩١، ص٨٩٤ وما بعدها .

الاتجاه القائل بعدم إلزامية الإعلان العالمي لحقوق الإنسان:

يرى جانب من الفقه[1] أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على اهميته، فإنه لا يتمتع بأي قوة قانونية ملزمة، وإنما يتمتع بالتزام أدبي محض، وأن ما يحتويه من مبادئ مجرد وصايا غير ملزمة للدول الأعضاء التي صادقت عليه وارتضته.

وقد كان الأمل معقوداً على ان تتبع ذلك الإعلان اتفاقيةُ دولية تتضمن التزامات قانونية على الدول الأعضاء لاحترام ما جاء في الإعلان من مبادئ، بيد ان المساعي التي بذلت في هذا الشأن قد باءت بالفشل[2].

كما عبر البعض[3] عن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بقولهم: إن هذا الإعلان عبارة عن شعارات عامة، ومبادئ غامضة، تفتقر إلى الدقة والوضوح. بالإضافة إلى خلوه من تحديد لكيفية تنفيذه، اي إنه لم ينص صراحة على الوسائل الكفيلة بضمان حقوق الإنسان، واكتفى بالنص فقط على ضرورة صيانتها، فعلى سبيل المثال: اقر الإعلان في مادته التاسعة على عدم جواز القبض على اي إنسان،او حجزه او نفيه تعسفيا، إلا أن الإعلان العالمي لم يحدد الوسائل الدولية الكفيلة بحماية حرية المتهم عند القبض عليه بشكل غير قانوني، وهو ما يعد قصوراً كبيراً في هذا الإعلان، وبالتالي ادى ذلك إلى جموده، وبدد الأمل في أن يصبح وثيقة قانونية ملزمة للدول الأعضاء التي وافقت عليه.

---

(1) انظر في تفصيل هذا الراي: استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " الحماية الدستورية للحقوق والحريات"، مرجع سابق، ص٧٦. الدكتور محمود محمود مصطفى:" ملاحظات على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية"، تقرير مقدم لندوة " تدريس حقوق الإنسان " والتي اقيمت بالتعاون بين منظمة اليونسكو وجامعة الزقازيق في الفترة بين ١٤ -١٦ من ديسمبر ١٩٧٨. ص١ وما بعدها. ولذات المؤلف: تطور قانون الإجراءات الجنائية في مصر وغيرها من الدول العربية، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٨٥، ص١٨ بند ١٢. الدكتور أحمد إدريس أحمد، افتراض براءة المتهم مرجع سابق، ص٢١٣ وما بعدها. الدكتور مصطفى فهمي الجوهري: " الوجه الثاني- للشرعية الجنائية .." مرجع سابق، ص ١٢٥ وما بعدها. الدكتور عبد العزيز محمد سرحان: " الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية والقواعد المكملة"، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص٢٥. الدكتور وائل احمد علام: "الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان"، دار النهضة العربية، ١٤٢٠- ١٩٩٩ص٤.

Mohammed-Jalal Essaid: *la présomption d'innocence*, op.Cit. p.40.

(2) الدكتور عبد العزيز محمد سرحان: " الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية والقواعد المكملة"، المرجع السابق، ص٢٥.

(3) الدكتور محمد احمد مفتي والدكتور سامي صالح الوكيل: " النظرية السياسية الإسلامية في حقوق الإنسان الشرعية " ، كتاب الأمة ، صادر عن مؤسسة أخبار اليوم العدد ٢٥ ، في ذي القعدة ١٤١٠هـ الموافق يونيه ١٩٩٠ م ، ص ٣٢ وما بعدها.

ويبرر البعض[1] عدم إلزامية الإعلان العالمي لحقوق الإنسان - وقواعد القانون الدولي بوجه عام- بقولهم: إن فاعلية القانون ترتبط بالجزاء، بحسبانه هو الذي يجعل من القانون حقيقة واقعية، وما دام القانون الدولي يفتقر لهذا الجزاء، فإنه قانون غير فعال، والنتيجة المنطقية المترتبة على ذلك،أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لا يتمتع بقوة إلزامية، وإنما يكمن هدفه الأساسي في إرساء مبادئ مثالية عليا تشترك فيها كل الدول الأعضاء في الأمم المتحدة. وبالبناء عليه، فلا تثريب على القعود عن الوفاء بمتطلباته.

الاتجاه القائل بإلزامية الإعلان العالمي لحقوق الإنسان:

على عكس الاتجاه السابق ذهب بعض رجال القانون[2] إلى ان هذا الإعلان يتمتع بقيمة وقوة قانونية ملزمة، شأنه شأن الميثاق نفسه، أي ميثاق الأمم المتحدة.

ويقوم هذا الفقه بتفنيد الراي القائل بأن الإعلان ليست له قيمة قانونية، ليدعم موقفه. وذلك على النحو التالي:

أولا: إن القول بعدم الاعتراف بأي قاعدة قانونية دولية إلا إذا كان محدداً لمخالفتها جزاء عقابي سيؤدي ذلك إلى اعتبار القانون الدولي العام مجرداً من أي قوة إلزامية في مواجهة الدول الأعضاء للمجتمع الدولي، وهذا ما لا يمكن قبوله،لأنه لا يعكس حقيقة الأمور، ذلك ان الدول الأعضاء في الغالب الأعم من الحالات تفي بالتزاماتها التي كانت تنتج من المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية[3].

ثانيا: إن من ينكر إلزامية الإعلان لعدم توفر جزاء، يتجاهل الفرق بين تكوين القانون، وبين تقويمه، فعنصر الجزاء لا يظهر إلا عند التقويم، أي عند التطبيق الفعلي، وهو امر يتوقف على آلية التطبيق وفاعلية الجزاء، ولا علاقة له بإضفاء القوة الآمرة على قواعد الإعلان. فإلزامية القاعدة، ليست هي فاعليتها، كما أن ضعف

---

(1)Mohammed-Jalal Essaid: ibid 40.
وراجع ايضاً: الدكتور حاتم بكار: " حماية حق المتهم في محاكمة عادلة"، والهامش، مرجع سابق ص٤١.

(2) انظر : الدكتور محمد سعيد الدقاق: "التشريع الدولي في مجال حقوق الإنسان" ، المجلد الثاني، المرجع السابق ، ص١٩. الدكتور مصطفى فهمي الجوهري: المرجع السابق ص ١٢٦ وما بعدها. الدكتور حاتم بكار: " المرجع السابق، ص٤١ .

(3) الدكتور محمد سعيد الدقاق، "المرجع السابق، ص ٢٠. الدكتور مصطفى فهمي الجوهري: " المرجع السابق ص ١٢٥ وما بعدها. الدكتور حاتم بكار: " حماية حق المتهم في محاكمة عادلة "، مرجع سابق، ص٤١ .

الفاعلية لا يعني عدم الإلزامية، وإلا تجرد القانون الداخلي نفسه من الإلزام لمخالفة احد الأفراد لمقتضياته[1].

وعموما، فإن الجزاء - حسب قول هذا الرأي- مكفول لقواعد الإعلان، وإن ظهر بشكل مختلف عن صوره المعهودة في القانون الداخلي، اتفاقاً مع طبيعة العلاقات التي تحكمها، والغاية التي ترنو إليها[2].

ثالثا: إن القول بأن الإعلان العالمي ليست له اية قيمة قانونية ملزمة في مواجهة الدول الأعضاء في الأمم المتحدة يعتبر انتكاسة كبرى لآمال الشعوب المعلقة على ما اشتمل عليه هذا الإعلان من مبادئ، خصوصاً في مجال العدالة الجنائية، وتعلقها بالحرية الفردية. كما أن هذا القول يتنافى مع نصوص ميثاق هيئة الأمم المتحدة التي اكدت فيه، إيمانها بحقوق الإنسان الأساسية وبكرامة الفرد وقدره[3].

والأهم من ذلك كله - وفقاً لهذا الرأي- ان الجماعة الدولية عندما اصدرت الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، لم تصدره عبثا دون ان تكون هناك مقاصد، او غايات يُراد تحقيقها منه، وانه لا يمكن تحقيق هذه الغاية دون ان يكون للإعلان قوة نفاذ او إلزام في مواجهة الدول الأعضاء في الأمم المتحدة، فالإعلان إنما وجد في الأصل ليحترم ويطبق[4].

ويمكن القول: إن كل دولة عضو قد التزمت هذا النظر عند التصديق عليه. وقد جاء في ديباجة الإعلان: "... ولما كانت الدول الأعضاء قد تعهدت بالتعاون مع الأمم المتحدة على ضمان اطراد مراعاة حقوق الإنسان والحريات الأساسية واحترامها. ولما كان للإدراك العام لهذه الحقوق والحريات الأهمية الكبرى للوفاء التام بهذا التعهد فإن الجمعية العامة تنادي بهذا الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.."[5]

ومجمل القول - حسب ما ذهب إليه أنصار هذا الاتجاه-: إن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يتمتع بالقيمة القانونية الملزمة في مواجهة الدول الأعضاء الذين وافقوا عليه

---

(1) الدكتور محمد سعيد الدقاق: "المرجع السابق . ص٩٩. الدكتور مصطفى فهمي الجوهري: المرجع السابق نفسه، ص١٢٥ وما بعدها. د.حاتم بكار: ذات المرجع سابق، ص٤١ وما بعدها.

(2) انظر: الدكتور حاتم بكار: "المرجع السابق نفسه، ص٤٢، وانظر المراجع المشار إليها في الهامش.

(3) الدكتور مصطفى فهمي الجوهري: "المرجع السابق ، ص ١٣٠.

(4) الدكتور مصطفى فهمي الجوهري: "المرجع السابق نفسه، ص ١٣٠.

(5) المرجع السابق نفسه، ص ١٣٠.

وهو جزء متمم للميثاق.ويهدف الإعلان إلى تفسير نصوص الميثاق، فيما يتعلق بحقوق الإنسان.وبالتالي ينبغي ان يكون للإعلان مكانة اعلى بين قواعد القانون الداخلي للدول الأعضاء، وان يتمتع بالحصانة في مواجهة المشرع الوطني داخل كل دولة عضو في الأمم المتحدة.

رأي الباحث:

لا جدال في نفاسة المبادئ التي صاغها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، فذلك تطور إيجابي نوعي في تاريخ البشرية التواقة دوما إلي تحقيق المكتسبات، وهذا أمر مفروغ منه. بيد ان نظرة فاحصة لهذا الإعلان، تكشف انه لم يتناول تحديداً الحقوق بشكل قانوني واضح كما قال البعض[1] -وبحق-، وإنما عمد إلى تقرير جملة من الحقوق بأسلوب عاطفي ادبي.فهو لم يحدد بوضوح الوسائل الدولية الكفيلة بضمان حقوق الإنسان.وهذا ما يجعل حقوق الإنسان خاضعة لاعتبارات ذاتية، ترتبط بمصلحة كل دولة، وليست اعتبارات موضوعية، تتعلق بإقرار الحقوق والواجبات.

وهناك مسألة اخرى تتعلق بالتحليل الشكلي للإعلان، فلفظ الإعلان يوحي بأنه لفظ فضفاض غير مصادق عليه من الدول المختلفة ولا يوحي بأنه يتمتع بقوة ملزمة، وإنما يقف عند حدود التأثير الأدبي ليس إلا.

وذلك على عكس الاتفاقيات، او المعاهدات الدولية، فإنها في ذاتها توحي بالتصديق عليها، ومن ثم تتميز بالصفة الإلزامية لدى موقعيها[2].

وتاسيساً على ذلك، يمكن القول: إن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لا يعتبر اتفاقية دولية صادقت عليه الدول الأعضاء، وإنما هو إعلان، او بيان عام -غير ملزم- يحوي تأكيدات لمبادئ معينة، ولا يتضمن نصوصاً محددة قابلة للتنفيذ، وإنما يحتاج تنفيذه إلى توفر الإرادة السياسية لدى السلطات، وقيامها باتخاذ إجراءات لوضعها موضع التنفيذ.

واكثر ما ركز عليه الإعلان الجوانب المادية والحقوق الجسدية مع إشارات مبهمة وخاطفة إلى بعض الحقوق المعنوية، فمثلا نجد المادة الثانية عشرة من الإعلان تنص على انه: "لا يتعرض احد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة، أو مسكنه او مراسلاته، او لحملات على شرفه وسمعته، ولكل شخص الحق في حماية القانون من

---

(1) راجع في ذلك: انصار الراي القائل بعدم إلزامية الإعلان والمبررات التي ساقها هذا الفقه المشار إليهم آنفا.

(2) انظر، الدكتور علي عبد القادر القهوجي، " المعاهدات الدولية أمام القاضي الجنائي "مرجع سابق ص ٨٩٣.

مثل هذا التدخل، أو تلك الحملات ". وهذا -بلا شك- أمر مهم أن يُحمى الإنسان في شرفه وسمعته بمقتضى القانون، ولكن الإعلان هنا لم يركز على ما هو أولى بالعناية والحماية وهو وجود الشرف وبقاؤه بقاءً حقيقياً وليس مجرد ادعاء الشرف واللجوء إلى القانون لحماية هذا الادعاء [(1)].

وغني عن البيان، أن الجمعية العامة للأمم المتحدة، قد شرعت بعد صدور الإعلان لتكملة هذا النقص، بإعداد ميثاقين: الأول للحقوق المدنية والسياسية. وسوف نتحدث عنه لاحقاً، والآخر: للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وهو بعيد عن محور دراستنا.

والجدير بالذكر، أن بعض الدساتير تقنن تلك الحقوق التي وردت بالإعلان العالمي باعتبارها حقوقاً طبيعية ذات قيمة دستورية، ينبغي على المشرع مراعاتها واحترامها، ولا يعني ذلك أن الإعلان في ذاته يتمتع بقيمة دستورية.

ولكن ما هو الوضع إذا تضمن الدستور بنداً، ينص على العمل بما جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان؟ وهو ما نصت عليه المادة السادسة من دستور الجمهورية اليمنية المعدل في ٢٩ سبتمبر ١٩٩٤ [(2)].

والإجابة عن ذلك أن الدستور إذا تضمن بين دفتيه نصاً يؤكد على العمل بما جاء في ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، فإن الإعلان يتمتع بقوة قانونية أسمى من مرتبة التشريع الداخلي. وبالتالي فهو يصل إلى المستوى الدستوري.

وعلى ضوء ذلك إذا نظرنا إلى الدستور اليمني نجد أنه أكد على العمل بميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة السادسة منه، والتي نصت على:

" تؤكد الدولة العمل بميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان وميثاق جامعة الدول العربية وقواعد القانون الدولي المعترف بها بصورة عامة ".

ووفقاً لذلك، يكون المشرع اليمني قد أضفى قيمة دستورية للإعلان العالمي

---

(1) انظر: الدكتور أحمد الريسوني: " إنسانية الإنسان قبل حقوق الإنسان " بحث منشور في كتاب الأمة الصادر عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية في قطر تحت عنوان " حقوق الإنسان محور مقاصد الشريعة " العدد ٨٧، المحرم ١٤٢٢هـ السنة الثانية والعشرون، ص٤٩.

(2) وقد صدر أول دستور للجمهورية اليمنية بعد قيام الوحدة اليمنية المباركة وكان صدوره في عام ١٩٩١ ثم عدل في ٢٨ /٩/١٩٩٤ ثم عدل أخيراً في العام ٢٠٠٢ انظر في هذه التعديلات الأستاذ/ محمد راشد عبد المولى: " التطور التشريعي والقضاء في الجمهورية اليمنية ص ٢٤٦ وما بعدها، وانظر مجموعة التشريعات اليمنية الصادرة عن مكتب النائب العام، الكتاب الأول ٢٠٠٢، ص١١.

لحقوق الإنسان وقواعد القانون الدولي المعترف بها.

ويلاحظ على نص المادة السادسة من الدستور اليمني، انه يثير مشكلة على جانب كبير من الخطورة تتمثل في حالة تعارض نص من النصوص التي تضمنتها الإعلانات والاتفاقيات الدولية المصادق عليها التي اكتسبت قوة دستورية ملزمة بالنص عليها في صلب الدستور اليمني مع نص من نصوص أحكام الشريعة الإسلامية، التي تعد مصدر جميع التشريعات، وفقاً لنص المادة الثالثة من الدستور اليمني، فكيف سيعالج المشرع اليمني مثل هذا التعارض، خصوصا في ظل للطالبات الخارجية وضغوط المنظمات والهيئات الداخلية المدعومة أساساً من الخارج، لتمرير القوانين والمواثيق الدولية؟!

وقد كان الأحرى بالمشرع اليمني أن يشترط لتطبيق العمل بما جاء في الإعلان العالمي أو المواثيق الدولية عدم تعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وإذا نظرنا إلى الدستور المصري، نجد انه لا يحيل بشكل واضح إلى اية وثيقة من وثائق حقوق الإنسان، وإن كان قد اكد في مقدمة الدستور على الالتزام بحقوق الإنسان المصري وبكرامته وقيمته ولكن هذه الحقوق اقيمت على اساس أنها مفترضات أولية لقيام الدولة القانونية.

وهو ما عبرت عنه المحكمة الدستورية العليا في مصر .بقولها: " إن خضوع الدولة للقانون محددة على ضوء مفهوم ديمقراطي مؤداه الا تخل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية فرضا اوليا لقيام الدولة القانونية ، وضمانة اساسية لصون حقوق الإنسان وكرامته وشخصيته التي كفلها الدستور في مادته الحادية والأربعين واعتبرها من الحقوق الطبيعية التي لا تمس" [1].

ثالثاً: تكريس المبدأ في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية

اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة العهد الدولي المذكور في١٦ ديسمبر عام ١٩٦٦، ودخل إلى حيز التنفيذ في٢٣ مارس عام ١٩٧٦. وبلغ عدد الدول الأطراف فيه ١٤٠ دولة حتى اكتوبر ١٩٩٨. وقد قنن الحقوق المدنية والسياسية في صورة معاهدة

([1])انظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في ٤ يناير سنة ١٩٩٢ في القضية رقم ٢٢ لسنة٨ قضائية (دستورية)، الجريدة الرسمية العدد ٤ في ٢٣ يناير سنة ١٩٩٢ ص١٦، مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا جـ٥ المجلد الأول، ص ٨٩. وانظر حكم ٢ يناير سنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية دستورية، احكام القضاء المصري وحقوق الإنسان، مركز الدراسات والمعلومات القانونية لحقوق الإنسان، ط١ ١٩٩٧، ص٨٩.

ملزمة للدول التي تصدق عليها، او تنضم لها، وقد وسع من نطاق الحقوق المدنية والسياسية المعترف بها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

ويتناول العهد الدولي جملة من الحقوق الأساسية التي نص عليها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، بالإضافة إلى جوانب اخرى تتمثل في إنشاء لجنة دولية لحقوق الإنسان تتولى فحص التقارير التي يجب أن تقدمها لها الدول المصدقة عليه بصفة دورية. والتي تبين فيها الإجراءات التي اتخذتها في سبيل الاعتراف بالحقوق المنصوص عليها في العهد، وتمتع الأفراد بها تمتعا حقيقيا.

ومن بين تلك الحقوق الأساسية التي ركز عليها العهد، حق المتهم في أصل البراءة، حيث نصت المادة ٢/١٤ على انه" من حق كل متهم بارتكاب جريمة ان يعتبر بريئا إلي ان يثبت عليه الجرم قانونا"[1]. وقد جاء في الفقرة الثالثة من هذه المادة مجموعة من الضمانات التي تعتبر نتائج لهذا المبدأ، حيث نصت على أن:" لكل متهم بجريمة ان يتمتع أثناء النظر في قضيته، وعلى قدم المساواة التامة بالضمانات الدنيا التالية:

أ- ان يتم إعلامه سريعا و بالتفصيل، وفي لغة يفهمها، بطبيعة التهمة الموجهة إليه وأسبابها.

ب- أن يعطى من الوقت و من التسهيلات ما يكفيه لإعداد دفاعه و للاتصال بمحام يختاره بنفسه.

ج-ان يحاكم دون تأخير لا مبرر له.

د- أن يحاكم حضوريا، وأن يدافع عن نفسه بشخصه او بواسطة محام من اختياره، و ان يخطر بحقه في وجود من يدافع عنه إذا لم يكن له من يدافع عنه، وان تزوده المحكمة- كلما كانت مصلحة العدالة تقتضي ذلك- بمحام يدافع

---

(1)وقد اعترضت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان - والتي يحتج بها في تفسير احكام العهد الدولي - على الفقرة ٢ من المادة ١٤ المتعلقة " بقرينة البراءة " بقولها: إنها مصاغة بعبارات بالغة الغموض. فهي - من وجهت نظر اللجنة- تنطوي على شروط تجعلها غير فعالة. فبسبب قرينة البراءة يقع عبء إثبات التهمة على عاتق الادعاء ويجعل الشك لصالح للتهم. ولا يمكن افتراض الذنب إلا بعد إثبات التهمة بما لا يدع للشك المعقول مجالاً. فضلاً عن ان قرينة البراءة تنطوي على حق المعاملة وفقاً لهذا المبدأ، لذلك، فإن من واجب جميع السلطات العامة أن تمتنع عن الحكم بصورة مسبقة على نتيجة المحاكمة. التعليق العام ١٣ (المادة ١٤). انظر ، وثيقة الأمم المتحدة رقم ٢ .HRI/GEN/1/Rev ، في ١٥ اغسطس ١٩٩٧. وانظر دليل المحاكمات العادلة الصادرة عن منظمة العفو الدولية سابق الإشارة.

عنه، دون تحميله اجرا على ذلك إذا كان لا يملك الوسائل الكافية لدفع هذا الأجر.

هـ - ان يناقش شهود الاتهام، بنفسه او من قبل غيره، و ان يحصل على الموافقة على استدعاء شهود النفي بذات الشروط المطبقة في حالة شهود الاتهام.

و - ان يزود مجانا بترجمان إذا كان لا يفهم او لا يتكلم اللغة المستخدمة في المحكمة.

ز- ان لا يكره على الشهادة ضد نفسه او على الاعتراف بذنب.

وفي الفقرة الخامسة من ذات المادة، نصت المعاهدة على ان " لكل شخص ادين بجريمة حق اللجوء، وفقا للقانون إلى محكمة أعلى، كيما تعيد النظر في قرار إدانته وفي العقاب الذي حكم به عليه.

وفي الفقرة السادسة من ذات المادة، نصت المعاهدة على حق الشخص - وفقاً لأصل البراءة- في حالة حدوث خطأ قضائي في تعويضه، عما لحقه من ضرر، حيث نصت الفقرة المذكورة على انه: " حين يكون قد صدر على شخص ما حكم نهائي يدينه بجريمة، ثم أبطِل هذا الحكم، او صدر عفو خاص عنه على أساس واقعة جديدة، او واقعة حديثة تكشف وقوع خطأ قضائي، يتوجب تعويض الشخص الذي انزل به العقاب نتيجة تلك الإدانة، وفقا للقانون، ما لم يثبت انه يتحمل، كلياً او جزئياً المسئولية عن عدم إفشاء الواقعة المجهولة في الوقت المناسب.

وفي الفقرة السابعة، أكدت المعاهدة على انه " لا يجوز تعريض احد مجدداً للمحاكمة، او للعقاب على جريمة سبق ان ادين بها، او بُرِّئَ منها بحكم نهائي وفقاً للقانون وللإجراءات الجنائية في كل بلد ".

ويظهر من تلك النصوص، ان المعاهدة الدولية قد ركزت على عدة ضمانات تصب كلها في حماية أصل البراءة.

وحتى تكون هذه المعاهدة مصدراً من مصادر الحماية الجنائية لأصل البراءة ينبغي ان تكون لها قوة إلزامية.

والواقع ان المعاهدة الدولية للحقوق المدنية والسياسية تتميز عن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان انها تتمتع بالصفة الإلزامية، ويظهر ذلك واضحا في المادة الثانية منه

والتي جاء فيها ما يلي:

" تتعهد كل دولة طرف فيه باحترام الحقوق المعترف بها فيها، وبكفالة هذه الحقوق لجميع الأفراد الموجودين في إقليمها والداخلين في ولايتها، دون أي تمييز بسبب العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الراي سياسياً أو غير سياسي او الأصل القومي او الاجتماعي، أو الثروة، أو النسب، أو غير ذلك من الأسباب. كما تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد، إذا كانت تدابيرها التشريعية او غير التشريعية القائمة لا تكفل فعلاً إعمال الحقوق المعترف بها في هذا العهد، بأن تتخذ، طبقا لإجراءاتها الدستورية و لأحكام هذا العهد، ما يكون ضروريا لهذا الإعمال من تدابير تشريعية او غير تشريعية"[1].

ويرتب هذا النص على عاتق الدول المصدقة على العهد الدولي التزامات، تتمثل في إنفاذ وتطبيق هذه القواعد، وهو التزام لا يمكن التحلل منه.

وإذا نظرنا إلى القوة القانونية للمعاهدة في كلٍ من فرنسا ومصر واليمن نجد ان فرنسا قد صادقت على هذا العهد في ٢٩ يناير ١٩٨١، إذ أكد المجلس الدستوري الفرنسي في ٣سبتمبر ١٩٨٦ على مبدأ سمو القانون الدولي على القانون الداخلي طبقا للمادة ٥٥ من الدستور الفرنسي[2]. ومع ذلك فإن هذا السمو له حدوده، فهو لا يصل إلى مرتبة القانون الدستوري الداخلي. فقد نصت المادة ٥٤ من الدستور الفرنسي على

(١)"العهد" أو "لاتفاقية" أو "الميثاق" أو "البروتوكول" ألفاظ اصطلاحية تحمل ذات المعنى، فهي تتميز بأنها معاهدات ملزمة قانوناً للدول التي وافقت على أن تلتزم بأحكامها. ومن المعاهدات ما هو مفتوح امام جميع البلدان في شتى أرجاء العالم للتصديق عليها، مثل "العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية" و"اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو الا إنسانية أو المهينة". ومنها ما هو قاصر على الدول التي تنتمي إلى منظمة إقليمية معينة. ويمكن للدولة أن تلتزم بهذه المعاهدات بإحدى طريقتين. فبوسعها أن تسلك طريقاً من مرحلتين، اي تبدأ بالتوقيع ثم تنتهي بالتصديق، او يمكنها أن تنظم لها في خطوة واحدة مباشرة. وعندما تصدق الدولة على اتفاقية، تعلن بذلك نيتها على التصديق عليها في المستقبل. ولا يجوز لها بمجرد التصديق عليها ان تأتي باي فعل يتنافى مع الهدف والقصد من المعاهدة. وعندما تصدق عليها او تنظم لها، تصبح دولة طرفاً فيها. وتتعهد الدول الأطراف بأن تلتزم بجميع الأحكام الواردة في المعاهدة وان تفي بالتزاماتها التي تمليها عليها.

غير أن البروتوكول، يعد معاهدة صغرى ملحقة بمعاهدة كبرى كمرفق. ويضيف البروتوكول بوجه عام المزيد من الأحكام للمعاهدة الأصلية، ويوسع من نطاق تطبيقها او قد يؤسس آلية لبحث الشكاوى المقدمة بشأن مخالفة أحكامها. ويصبح البروتوكول ملزماً قانوناً للدولة عندما تصدق عليه او تنضم له.

(٢) *Article 55:Loi constitutionnelle* du 5 octobre1958: " Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.

انـه إذا تـضمن الاتفـاق الـدولي شـرطاً يخـالف الدسـتور، فـإن الترخـيص بالتـصديق او الموافقة عليه لا يصح قبل تعديل الدستور[1].

وفي مـصر لا تـسموا المعاهـدة الدوليـة على القـانون الـداخلي، بـل تكـون لهـا قـوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليهـا ونـشرها، وفقـا للأوضـاع المقـررة في المادة ١٥١ مـن الدستور[2].

وفي اليمن تأخذ المعاهدة الدولية مرتبة اعلى من مرتبة القواعد القانونية، كون المشرع اليمني قد رفع مـن مـصافها، وذلـك بالتأكيـد عليهـا في صـلب الدسـتور اليمـني كما بينا.

ونخلص مـن ذلـك إلى أن المعاهـدة الدوليـة للحقـوق المدنيـة والـسياسية تـشكل مصدراً من مصادر الحماية الجنائية لأصل البراءة لكافة الدول التي صادقت على هذه المعاهدة.

رابعاً:- تكريس المبدأ في الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والمواطن:

في الرابع من نوفمبر عام ١٩٥٠ ، وقعت في ستراسبورج في رومـا اتفاقيـة بـين عـدد من الدول الأوربية المنضمة للمجلس الأوربي. وقد اكدت هذه الاتفاقيـة علـى احـترام الحقوق التي نـص عليهـا الإعـلان العـالمي لحقـوق الإنـسان، وان هـذه الاتفاقيـة تقتـصر اهميتها القانونية فقـط علـى الـدول الموقعـة عليهـا. وقـد دخلـت هـذه الاتفاقيـة حيـز التنفيذ في الثالث من سبتمبر سـنة ١٩٥٣، والتـصديق عليهـا أو الانـضمام لهـا هـو شـرط للانـضمام للمجلـس الأوروبـي. وحتـى سـبتمبر ١٩٩٨ كانـت جميـع الـدول الأربعـين الأعضاء في المجلس الأوروبي قد اصبحت اطرافاً فيها.

وتكتسب هذه الاتفاقية اهمية خاصة، كونها اول اتفاقية ملزمة على المستوى الأوربـي، حيـث تكفـل هـذه الاتفاقيـة للأفـراد الحمايـة القـضائية الدوليـة للحقـوق

---

(1)Article 54:" Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée "ou par soixante députés ou soixante sénateurs" , a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver "l'engagement international en cause" ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution.

(2) الدكتور علي عبد القادر القهوجي، "المعاهدات الدولية امام القاضي الجنائي"، مرجع سابق، ص ٨٩.

والحريات الأساسية التي نصت عليها الاتفاقية[1].

وقد اقرت الاتفاقية جملة من المبادئ العامة التي يجب أن ترتكز عليها الإجراءات الجنائية في قوانين جميع الدول الأعضاء كون تلك المبادئ التي تمثل ضمانات اساسية لإقامة عدالة جنائية صحيحة وسليمة[2].

وبصدد تكريسها لحق المتهم في أصل البراءة، نصت المادة السادسة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان في الفقرة الثانية منها على ان " كل شخص متهم بارتكاب جريمة يفترض أنه بريء حتى تثبت إدانته على وجه قانوني"[3].

ومن اهم الضمانات التي نصت عليها هذه الاتفاقية، و تعد نتائج لأصل البراءة، ما جاء في المادتين الخامسة والسادسة منها. حيث تضمنت الفقرة الأولى من المادة الخامسة على" حق كل شخص في الحرية والأمن، ولا يمكن حرمان احد من حريته إلا في الحالات التالية وطبقا للقانون[4]:

---

(1)ولتحقيق ذلك فقد شكلت هيئتين أساسيتين هما: اللجنة الأوربية لحقوق الإنسان، وهي ترصد تنفيذ الاتفاقية الأوروبية. وتنظر في الشكاوى التي قد تتقدم بها إحدى الدول الأطراف ضد أية دولة أخرى طرف بزعم خرقها لأحكام الاتفاقية، شريطة ان تكونا كلتاهما قد صدقتا على الاتفاقية المذكورة. ويجوز للجنة ان تنظر في الشكاوى المقدمة من فرد او مجموعة من الأفراد او المنظمات غير الحكومية، شريطة أن تكون الدولة الطرف، المزعوم انها خرقت احكام الاتفاقية، قد اعترفت باختصاص اللجنة المذكورة في تلقي الشكاوى من هذا النوع.
والهيئة الثانية هي المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وتتالف من عدد من القضاة يماثل عدد الدول الأعضاء في المجلس الأوروبي، بغض النظر عما إذا كانت هذه الدول قد صدقت على الاتفاقية الأوروبية أم لا. ومن حق الدول الأطراف في الاتفاقية المذكورة، وكذلك اللجنة الأوروبية، أن تحيل لها قضايا للفصل فيها، إذ إن لها ولاية قضائية على الحالات المتعلقة بتطبيق وتفسير احكام الاتفاقية. وقراراتها ملزمة للدول الأطراف في الاتفاقية.
والجدير بالذكر أن هاتين الهيئتين قد اندمجتا في الأول من نوفمبر ١٩٩٨ في مؤسسة واحدة باسم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. إعمالاً للبروتوكول الثاني.وبموجب هذه الاتفاقية يمكن للأفراد، ان يرفعوا دعاوى مباشرة أمام هذه المحكمة. وجميع الدول الأعضاء في المجلس الأوروبي اطراف في البروتوكول الثاني المكمل لهذه الاتفاقية.
لمزيد من التفاصيل حول هذه الاتفاقية والبروتوكولات الملحقة به راجع على شبكة الانترنت:
Convention européenne des Droits de l'Homme Convention de sauvegarde des Droits de l'Hommeet des Libertés fondamentales.
http://www.france.qrd.org/texts/conv-euro-dh.html

(2)Francis CASORLA: Chronique de procédure pénal la loi de procédure pénal du 15 juin 2000op. cit. , P425.

(3)Article 6/2 :Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

(4)Article 5/1 : Convention européenne des Droits de l'Homme Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentalisme.

- إذا كان الحبس تنفيذا لحكم صادر بالإدانة من محكمة مختصة .

- إذا تم القبض على الشخص او حبسه نتيجة عدم امتثاله لأمر او حكم طبقا للقانون من محكمة مختصة، وذلك لضمان تنفيذ التزام منصوص عليه قانونا.

- إذا تم القبض عليه، أو حبسه بقصد إحالته إلى الهيئة القضائية المختصة، وذلك عندما توجد أسباب معقولة للشك في انه مرتكب جريمة، او إذا كان ذلك ضروريا لمنعه من ارتكابها، او لمنعه من الهرب بعد ارتكابها.

- إذا وقع الحبس على قاصر او حدث وكان ذلك بقصد إيداعه إحدى الإصلاحيات، او بقصد إحالته إلى السلطة المختصة.

- إذا وقع الحبس على شخص مريض بمرض معد، او مجنون، او مدمن خمور، او مخدرات او شخص متشرد.

- إذا وقع القبض او الحبس على شخص اجنبي ودخل إقليم الدولة بشكل غير قانوني، او موجه ضده إجراءات طرد من أراضي الدولة او مطلوب تسليمه لدولة اخرى.

كما نصت الفقرة الثانية من المادة ذاتها على ان " كل شخص يتم القبض عليه يجب ان يخطر في اقرب وقت -باللغة التي يفهمها- بأسباب القبض عليه وبكل

1-Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales:
- s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ;
- s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières, pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi.
- s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci.
- s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente ;
- s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ;
- s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours. ....

الاتهامات الموجهة إليه"[1].

وفي الفقرة الثالثة منها نصت على ان "كل شخص يتم القبض عليه او يتم حبسه طبقا للحالة الثالثة من الفقرة الأولى(من هذه المادة)، يجب ان يتم تقديمه في مدة معقولة او ان يفرج عنه اثناء الإجراءات، ولا يمنع ان يكون الإفراج معلق على شرط تقديم الضمان الذي يكفل حضور المتهم "[2].

وفي الفقرة الرابعة من ذات المادة ايضا نصت الاتفاقية الأوربية على ان "كل شخص يحرم من حريته سواء بالقبض عليه او بحبسه، يجب ان يعترف له بالحق في ان يقدم طعنا في القرار او الحكم الصادر بالقبض عليه او بحبسه امام المحكمة المختصة"[3]

كما نصت الفقرة الخامسة من المادة الخامسة على ان:" كل شخص كان ضحية قبض او حبس غير قانوني يجب ان يكون له الحق في التعويض"[4].

واما المادة السادسة من الاتفاقية الأوربية فقد نصت في فقرتها الأولى على ان " كل شخص له الحق في ان تسمع دعواه بإنصاف وفي خلال مدة معقولة، وذلك بواسطة محكمة تتسم بالاستقلال والحياد ويتم تشكيلها بواسطة القانون، وتكون مختصة بالنظر في صحة كل اتهام جنائي موجه لأي شخص"[5].

---

(1)Article 5/ 2. Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle.

(2) Article 5/ 3 : Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1. c du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit- d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience.

(3)Article 5/ 4 : Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

(4) Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation.

(5)Article 6/1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en

وفي الفقرة الثالثة من ذات المادة[1] نصت الاتفاقية على مجموعة من الضمانات التي تعد تطبيقاً لأصل البراءة، حيث نصت على ان " لكل شخص يتهم في جريمة الحقوق الآتية كحد ادنى:

- ان يتم إعلانه في اقصر مدة وبلغة يفهمها بطبيعة الاتهام الموجه إليه واسبابه.

- ان يمنح قدرا كافيا من الوقت حتى يتمكن من إعداد دفاعه.

- ان يتمكن من الدفاع عن نفسه، سواء أكان ذلك بنفسه ام بالاستعانة بمدافع يختاره.وإذا لم تكن لديه الوسائل المادية للاستعانة بمدافع، يجب ان ينتدب له مدافع على نفقة الدولة عندما تتطلب ذلك مصلحة العدالة.

- ان تتاح له فرصة استجواب شهود الإثبات وتوجيه الأسئلة إليهم ومناقشتهم في ما يبدونه من اقوال بنفس الطريقة التي يسمح له بمناقشة شهود النفي.

- ان تتم مساعدته بمترجم مجاناً، وذلك في حالة عدم فهمه اللغة المستعملة في الجلسة او لا يستطيع ان يتكلم بها.

ويظهر مما سبق، أن الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان قد تضمنت في بنودها ما يؤكد على حماية اصل البراءة، إما بشكل مباشر بالنص على المبدأ ذاته، أو ما

=matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

(1)Article 6/3: Tout accusé a droit notamment à :

- être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;
- disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;
- se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;
- interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;
- se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience.

يرتبه هذا المبدأ من نتائج، وفي مقدمتها ضمانات الحرية الشخصية، حيث وضعت العديد من الضمانات التي تحمي الحرية الشخصية، وبهذا صح القول **بأن الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان قد جعلت من أصل البراءة الضمان الأول لحماية حق المتهم وضمان حريته، وبالتالي يشكل حقاً من حقوق الإنسان**[1].

وتعد هذه الاتفاقية، جزءا من النظام القانوني الداخلي للعديد من الدول الأوربية، ومن هذه الدول فرنسا بعد أن صادقت عليها في عام١٩٧٤[2].

وقد وضع المجلس الدستوري الفرنسي، ومحكمة النقض الفرنسية، ومجلس الدولة الفرنسي قواعد هذه الاتفاقية في مرتبة أعلى من مرتبة القوانين العادية تطبيقا للمادة ٥٥ من دستور١٩٥٨ الفرنسي- السابق ذكرها-[3]، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية أن أحكام الاتفاقية الأوربية واجبة التطبيق أمام القاضي الوطني[4].وبالتالي، **إذا حدث أن تعارض قانون داخلي في فرنسا مع نص من نصوص هذه الاتفاقية أضحى معها النص القانوني باطلاً**[5].

وهذا يدل دلالة واضحة على تأثير هذه للعاهدة على القانون الداخلي للدول الأوربية التي دخلت في هذه المعاهدة. مما دفع بعضها - كفرنسا مثلاً- إلى إدخال تعديلات في تشريعاتها الإجرائية، تتمشى مع تلك الاتفاقية. على ما سنوضحه.

خامساً: أصل البراءة في الميثاق العربي لحقوق الإنسان:

أعتمد الميثاق العربي من قبل القمة العربية السادسة عشرة التي استضافتها تونس في٢٣ مايو ٢٠٠٤[6]، وقد جاء في المادة ١٦ منه، أن " كل متهم بريء حتى

---

(1) JEAN PRADEL :" La protection des droit de l'homme au cours de la phase préparatoire du processus pénal , op.cit,p201.

(2) Francis CASORLA: Chronique de procédure pénal la loi de procédure pénal du 15 juin 2000 , Reseignare , Répurgare et Reclystérisare ", Rev. péni. droit pénal N°3 octobre 2000, P425. Anne TEISSIER: garde a vue et droits de la défense, Rev.Pén.droit pénal, N° 1, AVRIL 2001, P32.

(3) راجع في ذلك تفصيلاً، الدكتور . احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق ص٧٧ وما بعدها. الدكتور أسامة ابو الحسن مجاهد، " الحماية المدنية للحق في قرينة البراءة "، مرجع سابق، ص٢٦.

(4) crim. 30 juin 1976, Bull.crim.N° 226.

(5) JEAN PRADEL : " La protection des droit de l'homme au cours de la phase préparatoire du processus pénal" , op.cit,p201.

(6) راجع بنود هذا الميثاق في مكتبة حقوق الإنسان بجامعة منيسوتا على شبكة الانترنت،
http://www1.umn.edu/humanrts/arab/a003-2.html

تثبت إدانته بحكم بات وفقا للقانون، على أن يتمتع خلال إجراءات التحقيق والمحاكمة بالضمانات الآتية:

١- إخطاره فورا وبالتفصيل وبلغة يفهمها بالتهم الموجهة إليه.

٢- إعطاؤه الوقت والتسهيلات الكافية لإعداد دفاعه والسماح له بالاتصال بذويه.

٣- حقه في ان يحاكم حضوريا أمام قاضيه الطبيعي وحقه في الدفاع عن نفسه شخصيا او بواسطة محام يختاره بنفسه ويتصل به بحرية وفي سرية.

٤- حقه في الاستعانة مجاناً بمحام يدافع عنه إذا تعذر عليه القيام بذلك بنفسه أو إذا اقتضت مصلحة العدالة ذلك، وحقه إذا كان لا يفهم او لا يتكلم لغة المحكمة في الاستعانة بمترجم من دون مقابل.

٥- حقه في ان يناقش شهود الاتهام بنفسه او بواسطة دفاعه، وحقه في استحضار شهود النفي بالشروط المطبقة في استحضار شهود الاتهام.

٦- حقه في الا يجبر على الشهادة ضد نفسه أو ان يعترف بالذنب.

٧- حقه إذا ادين بارتكاب جريمة في الطعن وفقاً للقانون أمام درجة قضائية أعلى.

٨- وفي جميع الأحوال للمتهم الحق في أن تحترم سلامته الشخصية وحياته الخاصة.

والأصل ان هذه الاتفاقية - بعد اعتمادها من الدول الأعضاء- تصبح ملزمة لجميع الأطراف بعد التوقيع عليها، إذ جاء في المادة الثالثة منها " تتعهد كل دولة طرف في هذا الميثاق بأن تكفل لكل شخص خاضع لولايتها حق التمتع بالحقوق والحريات المنصوص عليها في هذا الميثاق...".

ولكن لم نقف على آلية تنفيذ هذا الميثاق، وكيف يتم الالتزام بما جاء فيه من ضمانات تحمي الحقوق والحريات؟ وما هو الأثر المترتب على الخروج على مقتضياته؟

وختام القول، فإن أصل البراءة قد اكتسب قوة قانونية ملزمة في المواثيق الدولية والإقليمية الملزمة للدول التي صدقت عليها، وبالتالي تعد هذه المواثيق مصدراً من مصادر الحماية الجنائية لأصل البراءة.

المبحث الثاني

أصل البراءة في الدساتير المعاصرة

لا شك ان الدستور في اي بلد هو الوثيقة الأسمى لديها، والذي يتقيد بأحكامه المشرع عند وضع التشريعات، ومنها بطبيعة الحال التشريع الجنائي الإجرائي، كونه شديد المساس بالحرية الشخصية.

وبصدد الضمانات المقررة للمتهم في الدستور، نجد انه يؤمن حقوق الإنسان بوجه عام وحقوق المتهم على وجه الخصوص، كونه الطرف الضعيف امام خصمه وهي سلطة الاتهام. وتأتي في مقدمة الحقوق التي يحميها الدستور، " حق المتهم في اصل البراءة ". **وفي ذلك يقول احد الفقهاء عن قيمة اصل البراءة في صلب الدستور: " لو وضعت في الدستور نظرية متكاملة لحقوق المتهم، لجاء مبدأ قرينة البراءة (أصل البراءة) في صدرها"**[1].

وقد دونت معظم دساتير بلاد العالم أصل البراءة في صلب دساتيرها، وإن اختلفت الدساتير في صياغة المبدأ، فمنها من اكتفى بتدوين المبدأ نفسه ومنها من قرنه بالضمانات التي تحميه قبل أن يصدر حكم بات بنقضه، كاشتراط المحاكمة العادلة والعلانية واحترام حق الدفاع للحكم بالإدانة التي تنقض أصل البراءة.

ومن امثلة الدساتير التي صاغت المبدأ، - مع اختلاف في الصياغة -، ما جاء في الدستور المصري الصادر في سنة ١٩٧١ في المادة ٦٧ منه بأن" **المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له ضمانات الدفاع عن نفسه"**[2].

وجاء في الدستور اليمني الحالي المعدل بتاريخ ٢٩ سبتمبر ١٩٩٤، عندما نصت المادة ٤٧ منه على ان ".. **كل متهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات.."**

كما جاء في مقدمة الدستور الفرنسي الصادر في ٤ اكتوبر سنة ١٩٥٨ بأنه: **"ويعلن الشعب الفرنسي بصفة رسمية تمسكه بحقوق الإنسان... كما هي معرفة بإعلان الحقوق الصادر سنة ١٧٨٩، والتي اكدتها واكملتها مقدمة دستور١٩٤٦". وهذا الإعلان قد نص على أصل البراءة على نحو ما بينا سابقاً.**

---

(1) الدكتور محمود محمود مصطفى: " تطور قانون الإجراءات الجنائية في مصر وغيرها من الدول العربية ". الطبعة الثانية، ١٩٨٥، ص٢٢.

(2) انظر الدستور المصري مطبوعات دار العربي- القاهرة-. الطبعة الثانية، ٢٠٠١م.

ونص الدستور الكندي في المادة ١١ (د) على ان **"أي شخص متهم بارتكاب جريمة تفترض براءته إلي أن تثبت إدانته وفقا للقانون في محاكمه عادله وعلنية امام محكمه مستقلة ومحايدة"**[١].

ومن الدساتير التي تضمنت هذا المبدأ ايضاً ما جاء في الدستور التونسي الصادر في أول يناير سنة ١٩٥٩م، حيث نص في الفصل ١٢ منه بأن **" كل متهم بجريمة يعتبر بريئا إلى أن تثبت أدانته في محاكمة تكفل له فيها الضمانات للدفاع عن نفسه "**[٢].

ونص الدستور الكويتي الصادر في ١١ نوفمبر سنة ١٩٦٢، في المادة ٣٤ منه، على أن **" المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع، ويحظر ايذاء المتهم جسمانيا او معنويا"**[٣].

وكذلك نص الدستور الجزائري-الصادر في ١٩٩٦ المعدل لدستور ١٩٨٩- في المادة ٤٥ منه، بأن **" كلّ شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته، مع كلّ الضّمانات التي يتطلّبها القانون"**[٤].

ونصت المادة ٣٣ من دستور الجمهورية السودانية الصادر في ٢٨ مارس سنة ١٩٩٨، على: **".. والمتهم بجريمة بريء حتى تثبت إدانته قضاءً، وله الحق في محاكمة ناجزه وعادلة، و في الدفاع عن نفسه واختيار من يمثله في الدفاع**[٥].

ومن وجهة نظرنا، يعد النص الذي أورده دستور الجمهورية السودانية هو النص الذي جعل من هذا الحق اصل وليس قرينة، حينما صاغ عبارة النص بقوله: **" والمتهم بجريمة بريء حتى تثبت إدانته"، ولم يقل يعتبر بريئاً، أو تفترض براءته.** ومن ناحية ثانية ادرج النص ما يفرضه هذا المبدا من حقوق أساسية للمتهم أهمها حقه في محاكمة ناجزة وعادلة، وكفالة حق المتهم في الدفاع عن نفسه واختيار من يدافع عنه. ولكنه يؤاخذ عليه أنه لم يبين متى ينقض هذا الأصل.

---

(١)"Any person charged with an offence has the right ... to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal."

(٢) راجع التشريعات العربية على موقع التشريعات العربية على شبكة الانترنت

(٣)موقع التشريعات العربية على شبكة الانترنت

(٤) التشريعات العربية على شبكة الانترنت.

(٥) التشريعات العربية على شبكة الانترنت.

وفي مصر لم يبين الدستور مرحلة نقض اصل البراءة، بيد أن المحكمة الدستورية العليا اكدت على ان " لا سبيل لدحض اصل البراءة بغير الأدلة التي تبلغ قوتها الإقناعية مبلغ الجزم و اليقين بما لا يدع مجالا معقولا لشبهة انتفاء التهمة، و بشرط أن تكون دلالتها قد استقرت حقيقتها بحكم قضائي استنفد طرق الطعن فيه، وصار باتاً "[1].

واما الدستور اليمني فقد أكد على ان نقض أصل البراءة لا يكون إلا بحكم بات. ولكنه لم يضع الضمانات اللازمة لنقض اصل البراءة وهي المحاكمة العادلة والمنصفة.

وفي المقابل، هناك من الدساتير ما لم يتضمن اي نصوص صريحة تتعلق بحق المتهم في أصل البراءة. كدستور المملكة الأردنية، وكذا دستور المملكة المغربية.

وكذلك الحال في الدستور الأمريكي حيث لم ينص فيه على اصل البراءة صراحة، وإن كان الاعتقاد السائد أن التعديل الخامس، والسادس والرابع عشر لدستور الولايات المتحدة، قد اخذ بهذا المبدأ. وانه يمثل عنصراً اساسياً من عناصر المحاكمة العادلة في النظام الأمريكي[2]. ويبرز ذلك جلياً، إذا لم يقم القاضي بتوجيه المحلفين إلى ان الأصل في المتهم البراءة، وأن تتأكد هيئة المحلفين بأن المتهم فعلاً مذنب باقتراف الجرائم المنسوبة إليه. "دون أي شك معقول".[3] وفي حال عدم توجيهه

---

(1)حكم المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٢ فبراير ١٩٩٢ . في القضية رقم ١٣ لسنة ١٢ قضائية " دستورية" مجموعة احكام المحكمة . ص ١٨٠. جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥. القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية دستورية"، مجموعة الأحكام ، ج٧، ص ٨٩.

(2) الجدير بالإشارة ان إعلان حقوق الإنسان الأمريكي الصادر في ولاية فرجينيا عام ١٧٧٩ لم يتضمن النص على أصل البراءة. غير ان الإعلان الأمريكي لحقوق وواجبات الإنسان الذي اعتمده المؤتمر الأمريكي الدولي التاسع في عام ١٩٤٨ قد نص على الحق في أصل البراءة في المادة ٢٦ منه ،واكدت على هذا المبدأ الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان (المعروفة ايضاً باسم "حلف سان خوزيه، كوستاريكا)، وقد اعتمدت في عام ١٩٦٩، ودخلت إلى حيز التنفيذ في يوليو/تموز ١٩٧٨ (المادة ٨(٢)).انظر : ليونارد كافيس: " حقوق الإنسان في مرحلة المحاكمة في النظام الأمريكي للإجراءات الجنائية "، تقرير مقدم إلى المؤتمر الثاني للجمعية المصرية للقانون الجنائي الذي عقد بالإسكندرية سنة ١٩٨٨، تاريخ النشر ١٩٨٩ ، ص٢٦١ .
وانظر ايضاً الحلقة الدراسية " لقرينة البراءة " التي عقدت في جامعة باريس في ٤ مارس عام ١٩٩٥.
Henri LECLERC : "La présomption d'innocence et la procédure pénale, actes du colloque sur "La présomption d'innocence". Ce colloque a eu lieu le samedi 4 mars 1995 à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne, Revue Européenne de Philosophie et de Droit, premier numéro, op. cit.

(3)Berkeley-Los: " Tradition Angeles", Oxford 1993, p157
وانظر، الدكتور أحمد إدريس أحمد:" افتراض براءة المتهم "، مرجع سابق، والمرجع المشار إليه في الهامش، ص ١١٨.

لهم، فإن ذلك يشكل إهداراً لوجوب سلامة الإجراءات القانونية، او الحقوق الأساسية في العدالة، ومن ثم تعطى للمتهم الحق في طلب إلغاء قرار المحلفين بالإدانة[1].

وفي هذا الصدد قضت المحكمة الاتحادية العليا للولايات المتحدة في حكم شهير صادر لها في إحدى الطعون المعروضة عليها في عام١٨٩٤ ، بقولها: " إن المحكمة الأدنى قد اخطأت، عندما رفضت توجيه هيئة المحلفين بأن تأخذ في اعتبارها ان "القانون يفترض ان الأشخاص المتهمين بالجريمة ابرياء حتى تثبت إدانتهم، رغم ان ممثل الدفاع طلب من القاضي توجيه هيئة المحلفين إلى ذلك"[2].

ولعل الدافع إلى توجيه هيئة المحلفين لتأخذ في اعتبارها اصل البراءة، ان هيئة المحلفين ترى منذ اللحظة الأولى التي تأتي فيها إلى غرفة المحكمة ان الجهد والمال والوقت الذي أستغرق لتقديمه لهيئة المحكمة يكاد يقطع لديها بأن المتهم مدان. وبالتالي، فهي تفترض أن المتهم مذنب، وكأن لسان حالهم يقول: " لا يوجد دخان بغير نار". ولذلك كثيراً ما يردد المحامون على مسامع هيئة المحلفين عدم التأثر، وان تبقى عقولهم مفتوحة وخالية من اي تحيز، ويبقى اصل البراءة ماثلاً في اذهانهم[3].

ومما يدلل - ايضا - على أن النظام الإجرائي الأمريكي، يأخذ بهذا المبدأ، انه وضع النتائج المترتبة عليه في صلب الدستور، كما هو الوضع في جعل عبء الإثبات يقع دائما على عاتق سلطة الاتهام. وان الشك يفسر لصالح المتهم، وعدم جواز إجبار المتهم على الكلام[4].

---

(1)Berkeley-Los: Tradition Angeles, Oxford 1993, p157

(2)" We can know exactly when the maxim formally entered American law: through a Supreme Court decision of 1894, Coffin vs. U.S. A lower court had refused to instruct the jury that "The law presumes that persons charged with crime are innocent until they are proven by competent evidence to be guilty". The appeal to the Supreme Court was based in part on the lower court's refusal.
" Coffin vs., 156 U.S. 432,432-463 , 1894.

(3) ليونارد كافيس، " حقوق الإنسان في مرحلة المحاكمة في النظام الأمريكي للإجراءات الجنائية " سابق الإشارة، ص ٣٦٢.

(4)الدكتور احمد إدريس احمد، " المرجع السابق، ص ٢٣٥ وما بعدها. الدكتور رمزي رياض عوض، الحقوق الدستورية في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص١٧١.

المبحث الثالث

أصل البراءة في قوانين الإجراءات الجنائية

تمهيد وتقسيم:

لم تقف بعض الدول عند حد النص الذي كفلته المواثيق الدولية وأكدته الدساتير الداخلية، بل أعادت التأكيد عليه في صلب قوانينها الإجرائية.

وعلى ضوء ذلك، سوف نتطرق لتكريس القوانين الإجرائية المقارنة لأصل البراءة. ومدى أهمية إعادة النص عليه في القانون. وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي و " قرينة" البراءة

لم يكن قانون الإجراءات الجنائية الصادر سنة ١٩٥٨ يتضمن نصا عاما يصيغ أصل البراءة ، وكذلك كان الأمر ذاته ايضا بالنسبة للقانون السابق عليه كقانون تحقيق الجنايات الصادر في سنة ١٨٠٨، حيث جاء خاليا من نص كهذا. بل إن هذا الأخير كان فيه من النصوص ما يشكل اعتداءً على هذا المبدأ بشكل واضح وصريح، فعلى سبيل المثال: كان هذا القانون يسمح بصفة عامة، بحبس المتهم احتياطياً دون تمكينه من الاستعانة بمحام[1]. وهو ما يعد انتكاسة ومخالفة لما جاء به إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي.

وقد ثار في حينه التساؤل بشأن إغفال هذين التقنينين من تضمينهما نصاً يصغ المبدأ بشكل عام، وعن جدوى النص عليه في صلب قوانين الإجراءات الجنائية.

والواقع أن جدوى النص عليه في القانون الإجرائي كان محل خلاف بين رجال الفقه ، فهناك من يرى[1] أنه لا حاجة لإعادة النص على المبدأ في قانون الإجراءات الجنائية، طالما نص عليه في مقدمة الدستور، فليس هناك مبرر مقبول لمثل هذا التكرار الذي لا يقدم ولا يؤخر، فالقضية ليست في نص يحتويه الدستور، أو القانون

---

[1] EAN PRADEL ,"La protection des droit de l'homme au cours de la phase préparatoire du processus pénal" , op.cit.p199.

[1] الدكتور احمد إدريس احمد، افتراض براءة المتهم، مرجع سابق، ص١٢٨. الدكتور مصطفى فهمي الجوهري، المرجع السابق، ص ٢٨.

او في كليهما، وإنما القضية في تطبيق هذا المبدأ على ارض الواقع بعيداً عن الشكليات، فماذا يعني النص على أصل البراءة في صلب الدستور، او في تشريع ادنى، إذا لم يحترم فعلياً، او لم تحترم الحرية الشخصية، وكافة الحقوق التي تترتب عن هذا المبدأ.

ومن ناحية المنظور الفني للتشريع، يرى بعض الفقه[1]، ان الأصول الفنية في التشريع تقضي، بأنه إذا ورد مبدأ في دستور، فلا داعي لتكراره في قانون ادنى، ومن ثم يكون الموضوع المناسب لأصل البراءة هو الدستور، وبالتالي، فلا محل لإيراده مرة اخرى في قانون الإجراءات الجنائية.

ويوجه البعض نقده لهذا التكرار، عندما يكون الدستور سابقاً في صدوره على قانون الإجراءات الجنائية [2].

وفي المقابل، هناك من رجال الفقه[3] من لا يرى بأساً من النص على هذا المبدأ في صلب قوانين الإجراءات الجنائية، تحت مبرر، أن القضاة، ورجال الشرطة، قد درجوا على التعامل مع قوانين الإجراءات الجنائية، اكثر من التعامل مع نصوص الدستور.

والظاهر انه لا ضير من ورود نص يؤكد على حماية حق المتهم في أصل البراءة في مقدمة قانون الإجراءات الجنائية، أو القانون المدني، او القانون الإداري، خصوصاً إذا كان النص يتضمن شروطا تفصيلية لإعماله، والجزاءات المترتبة على الاعتداء عليه. وهي -غالبا- نصوص تفصيلية لا يتناولها الدستور.

والجدير بالذكر أن تطورات حدثت في فرنسا خلال السنوات الماضية- خصوصاً منذ نشأة الاتحاد الأوربي وانضمام فرنسا له- ادت إلى تطور النظام القانوني، بما يتفق مع المبادئ التي صاغتها الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان.

وقد كان لإدانة فرنسا من قبل المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في قضية توماسي"Tomasi"[4]، في ٢٧ اغسطس ١٩٩٢ الدور الأكبر في جعل المشرع الفرنسي

---

(1) الدكتور محمود محمود مصطفى، " الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن " الجزء الأول، مرجع سابق ، ص٦٠ الهامش .

(2) الدكتور محمد سليم العوا ، " الأصل براءة المتهم " بحث منشور تحت عنوان " المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية " مرجع سابق ، ص٢٤٤ .

(3)Mohammed-Jalal Essaid: " la présomption d'innocence,op.cit.p31.

(4)تتلخص وقائع القضية في أن السيد. توماسي وهو من ابناء جزيرة صقلية ، والذي ينتمي إلى إحدى المنظمات التي تطالب باستقلال الجزيرة عن فرنسا ، قد ادعى امام القضاء الأوربي لحقوق الإنسان انه اتهم بالمساهمة في عمل إرهابي ، وانه قد تعرض للتعذيب والإهانة اثناء فترة الاحتجاز على ايدي رجال-

يدخل تعديلات عديدة على قانون الإجراءات الجنائية، توجها اخيرا بصدور القانون رقم٥١٦ الصادر في ١٥ يونيه ٢٠٠٠، بشأن "تدعيم حماية قرينة البراءة وحقوق المجني عليه"[1]، حيث اضاف المشرع الفرنسي في مقدمة قانون الإجراءات الجنائية في المادة الأولى التمهيدية الفقرة الثالثة منها والتي تنص على ان " تفترض براءة كل مشتبه فيه او متهم طالما لم تثبت إدانته بعد. واي اعتداءات على " قرينة البراءة " سوف يتم ملاحقتها والتعويض عنها والمعاقبة عليها..."[2]

ومن حق الشخص أن يحاط علما، بالاتهامات المنسوبة إليه، وبحقه في الاستعانة

- الضبط القضائي. كما حرم من حقوقه الأساسية. وانه لم يتم الفصل في الدعوى الجنائية في وقت معقول . واتهم الحكومة الفرنسية بانتهاك اتفاقية حقوق الإنسان والمواطن . وقد انتهت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان إلى ثبوت وقائع التعذيب بناء على تقارير طبية اعدت في حينه وانها متتابعة ومتطابقة، وادانت فرنسا لمخالفتها المادة الثالثة من الاتفاقية والتي تمنع التعذيب، والمعاملة غير الإنسانية، ومخالفة المادة ٥-٣ التي تفرض عرض الشخص المحتجز أو الذي القي القبض عليه فورا أمام القضاء المختص وحقه في أن يحاكم في ميعاد معقول . ومخالفة المادة ٦-١ التي تفرض سماع دعوى الشخص بصورة عادلة وعلنية وفي وقت معقول . وسوف نتطرق إلى ذلك لاحقا. انظر :
Pierre BELIVEAU:" Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Réflexions sur les convergences et divergences entre les garanties constitutionnelles en droits européen et Canadien, Travaux de l'institut de sciences criminelles de poitiers", Volume XVI-Questions contemporaines de science criminelle, Sous la direction de Jean PRADEL, Editions Cujas, 1996, p. 80 et s.
Capron Céeile:" le rôle de l'avocat lors de la garde à vue",1993-1994.p8. Christophe Hubert: " le nouveau droit de la garde à vue ." Rev. jur - 2001 - N° 1 - Doc.p.77. Dominique Noëlle COMMARET: "Procédure pénale",Dalloz,R.S.C. N°2, avr.-juin 2002,p348 .

(1) وهذه التشريعات التي عدلت هي كالتالي:
Articles modifiés ou créés : " Articles du code de procédure pénale, du code pénal, du code civil, du code de la santé publique, du code des douanes, du code de l'organisation judiciaire, du livre des procédures fiscales, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.
انظر جميع التشريعات التي عدلها القانون رقم ٥١٦ في ١٥ يونيه ٢٠٠٠ في المنشور الصادر عن وزارة العدل الفرنسية في ١٦ نوفمبر ٢٠٠٠ على شبكة الانترنت:
http:..www.justice.gouv.fr.actua.circ161100.htm
(2) Article préliminaire de Code de procédure pénale :(inséré par Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 1 Journal Officiel du 16 juin 2000)
III. - Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont *prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi.*

بمدافع[1].

ولا يجوز اتخاذ إجراءات قسرية ضد هذا الشخص إلا بواسطة السلطة القضائية او تحت رقابتها الفعلية. ويجب ان تكون محددة في اضيق نطاق وبما تحتمه الضرورة، كما يجب ان تكون متناسبة مع جسامة الجريمة وخطورتها، والا تمثل اعتداء على كرامة الشخص[2].

ويجب الفصل في الاتهام المنسوب إلى المتهم خلال فترة معقولة[3].

ولكل شخص محكوم عليه بالإدانة الحق في أن يعاد النظر في الحكم الصادر ضده بواسطة قضاء آخر[4].

وقد ثار الجدل بين نواب البرلمان الفرنسي اثناء مناقشة المشروع، بشأن إعادة النص على قرينة البراءة (أصل البراءة) في قانون الإجراءات الجنائية، حيث اعترض البعض على تكرار ما هو ثابت في الإعلان وفي الاتفاقية الأوربية وصبه من جديد في قانون، رغم سمو المبادئ الدستورية على القوانين، إلا أنه في الأخير تم الاستقرار نهائياً على تضمين المبادئ العامة والأساسية لقرينة البراءة في مادة تمهيدية[1].

ولا يعني هذا أن المشرع قد أقفل الجدل الدائر بشأن الفائدة من تضمين قانون الإجراءات الجنائية نصاً عاماً يصيغ اصل البراءة، فما زال هناك جانب من رجال الفقه في فرنسا، ينتقد قيام المشرع بالتأكيد في القانون الداخلي على مبادئ توجد أصلاً بالاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، وتعتبر -بداهة- جزءاً لا يتجزأ من القانون

---

(1)Elle a le droit d'être informée des charges retenues contre elle et d'être assistée d'un défenseur.

(2)« Les mesures de contraintes dont cette personne peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire. Elles doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne ».

(3)« Il doit être définitivement statué sur l'accusation dont cette personne fait l'objet dans un délai raisonnable ».

(4)« Toute personne condamnée a le droit de faire examiner sa condamnation par une autre juridiction. » www.sos-justice.net.organisation.judiciare

(1) Harles Jolibois :" Renforcement de La protection de La présomption d'innocence et des droits des victimes : l'apport du sénat, R.S.C.,2001, n°1janvier – mars , 2001, p 65 -70.

الفرنسي، وفقا للمادة ٥٥ من الدستور[١].

وللاحظ ان المشرع الفرنسي قد جعل النص على حماية اصل البراءة في الفقرة الثالثة من المادة التمهيدية وكان الأحرى ان تكون الفقرة الأولى من المادة المذكورة، كون بقية الفقرات ما هي إلا تأكيد ودعم لحماية اصل البراءة[٢].

ومن الجدير بالذكر، ان المشرع الفرنسي كان قد اجرى سلسلة من التعديلات السابقة على هذا القانون - اي قانون تدعيم حماية " قرينة البراءة وحقوق المجني عليه " - بداها بقانون ٤ يناير ١٩٩٣. حيث أضاف هذا القانون المادة ٩-١ إلى التقنين المدني الفرنسي اكد بموجبها على الحماية المدنية " لقرينة البراءة ".إذ نصت هذه المادة على أن " لكل شخص الحق في احترام قرينة البراءة..." واعتبرت هذه المادة قيام الاعتداء على قرينة البراءة مرهون بتوافر ثلاثة شروط هي: وصف الشخص بأنه مذنب جنائيا، وان يكون ذلك علانية، وان يكون هذا الشخص محلاً لإجراءات قضائية[٣]. وهو ما سنوضحه لاحقاً.

ويعكس هذا النص مدى حرص المشرع على إعلاء قيمة الحق في أصل البراءة، أمام حق آخر لا يقل عنه اهمية وهو حق الإنسان في التعبير عن رايه بحرية.

وأمام نص كهذا، ثار تساؤل مفاده: هل المشرع قد أراد بهذا النص أن يكون الحق في أصل البراءة مقدماً على الحق في حرية التعبير؟

وللإجابة على هذا التساؤل، يمكن القول، بأن نص المادة ٩-١ من التقنين المدني

---

(١)Conférence de Monsieur le professeur PRADEL à la Cour d`Appel de Poitiers, de 8 novembre 2000.

محاضرة القيت في محكمة استئناف بواتيه وقد علق فيها الدكتور برادل على القانون الصادر في ١٥ يونيه ٢٠٠٠ بتدعيم حماية قرينة البراءة وحقوق المجني عليه. منشورة على الموقع التالي:

http:..www.ca-poitiers.justice.fr.discours.expradel2.htm

(٢) انظر: استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري، ط٤، ٢٠٠٦، مرجع سابق، ص ٢٩٥.

(٣)Patrick AUVRET: "La liberté de la presse et la présomption d'innocence", actes du colloque sur "La présomption d'innocence". Ce colloque a eu lieu le samedi 4 mars 1995 à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne, Revue Européenne de Philosophie et de Droit, premier numéro,

الفرنسي[1] قد اعلى من شأن اصل البراءة، واصبح يعلو على مبدا حرية التعبير.

وقد اثار النص -المشار إليه- جدلاً فور صدوره، خصوصا من رجال الصحافة ومؤسسات الإذاعة المرئية والمسموعة في فرنسا، الأمر الذي حدا بالمشرع إلى سرعة التدخل بمناسبة تعديل تقنين الإجراءات الجنائية في ٢٤ اغسطس ١٩٩٣ بهدف الحد من نطاق تطبيق النص وبما يؤدي إلى إحداث توازن بين احترام حق للمواطن في افتراض براءته وبين احترام حرية التعبير، وحق الصحافة في القيام بدورها الإعلامي[2].

وغني عن البيان انه بعد صدور القانون رقم ٥١٦ الصادر في ١٥ يونيه ٢٠٠٠، بشأن تدعيم حماية " قرينة البراءة " وحقوق المجني عليه، عدلت المادة ٩١ من هذا القانون[3]

---

(1) Article 9-1 Du Code Civil :" Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence.
Lorsqu'une personne placée en garde à vue, mise en examen ou faisant l'objet d'une citation à comparaître en justice, d'un réquisitoire du procureur de la République ou d'une plainte avec constitution de partie civile est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce, aux frais de la personne, physique ou

منشور على موقع وزارة العدل الفرنسية على شبكة الانترنت:
http:..www.justice.gouv.fr.actua.circ161100.htm

(2) Henri LECLERC : La présomption d'innocence et la procédure pénale. Patrick AUVRET: "La liberté de la presse et la présomption d'innocence", ibid.
وانظر: الدكتور اسامة ابو الحسن مجاهد: " الحماية المدنية للحق في قرينة البراءة "، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص١٠.

(3)Article 91 " Quand, après une information ouverte sur constitution de partie civile, une décision de non-lieu a été rendue, la personne mise en examen et toutes personnes visées dans la plainte, et sans préjudice d'une poursuite pour dénonciation calomnieuse, peuvent, si elles n'usent de la voie civile, demander des dommages-intérêts au plaignant dans les formes indiquées ci-après. L'action en dommages-intérêts doit être introduite dans les trois mois du jour où l'ordonnance de non-lieu est devenue définitive. Elle est portée par voie de citation devant le tribunal correctionnel où l'affaire a été instruite. Ce tribunal est immédiatement saisi du dossier de l'information terminée par une ordonnance de non-lieu, en vue de sa communication aux parties. Les débats ont lieu en chambre du conseil : les parties, ou leurs conseils, et le ministère public sont entendus. Le jugement est rendu en audience publique.

المادة ٩-١ من التقنين للمدني الفرنسي، حيث عاد هذا النص ليوسع من نطاق حماية أصل البراءة، في مواجهة التجاوزات الإعلامية المختلفة، وبالتالي اصبح الحق في أصل البراءة مقدماً على الحق في التعبير"[1].

المطلب الثاني

قانون الإجراءات الجنائية المصري وأصل البراءة

للوقوف على تكريس اصل البراءة في قانون الإجراءات الجنائية المصري ينبغي أن نفرق بين مرحلتين: هما المرحلة السابقة على صدور دستور ١٩٧١، والمرحلة الثانية منذ صدور دستور ١٩٧١. وذلك على النحو التالي:

المرحلة الأول: قبل دستور ١٩٧١

لم يكن قانون تحقيق الجنايات الصادر في سنة ١٨٧٥ ، يتضمن نصا عاما يصيغ أصل البراءة. وكان هذا القانون مستمد من قانون تحقيق الجنايات الفرنسي الصادر في سنة ١٨٠٨ .وطبقته المحاكم المختلطة آنذاك، وكذلك كان الوضع في قانون تحقيق الجنايات الأهلي الصادر في ١٣ نوفمبر١٨٨٣ والذي طبقته المحاكم الوطنية في ذلك الحين، إذ لم يكن يتضمن بدوره نصا للمبدا، إلا انه قد تبناه بطريقة غير مباشرة، حيث تميز هذا القانون بأنه وفر العديد من الضمانات للمتهمين، لكن السلطات التنفيذية، أوقفت تطبيقه مؤقتاً تحت مبرر ارتفاع معدلات الإجرام، بسبب أن المجرمين قد أساءوا فهم الحريات التي جاءت في قانون تحقيق الجنايات الأهلي"[2].

وبهذه الحجة عطل القانون وما احتواه من ضمانات للمتهمين. على اثر ذلك شكلت الحكومة لجاناً عرفت باسم لجان الأشقياء، وجعلت لها اختصاصات استثنائية للحكم في الجرائم،فهي التي تتولى التحقيق والمحاكمة دون أن تتقيد بالقواعد

En cas de condamnation, le tribunal peut ordonner la publication intégrale ou par= =extraits de son jugement dans un ou plusieurs journaux qu'il désigne, aux frais du condamné. Il fixe le coût maximum de chaque insertion.

L'opposition et l'appel sont recevables dans les délais de droit commun en matière correctionnelle.

L'appel est porté devant la chambre des appels correctionnels statuant dans les *mêmes formes que le tribunal. L'arrêt de la cour d'appel peut être déféré à la* Cour de cassation comme en matière pénale...

(1) انظر في ذلك: الدكتور أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق ، ص١٠.

(2) راجع في ذلك: الدكتور حسن صادق المرصفاوي، " المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، ١٩٩٨، ص ١٤ وما بعدها.

والإجراءات التي كان قانون تحقيق الجنايات ينص عليها، وقد كان هذا التحكم إيذاناً بالافتئات على الحريات، وإهدار الحقوق الأساسية للأفراد ومنها حق الإنسان في اصل البراءة، وحقه في الدفاع، ولجأت إلى التعذيب أثناء التحقيق، واكتفت بالإدانة بمجرد الشبهات، وكل ذلك بحجة إشاعة الرهبة والخوف في قلوب المجرمين، واستمر العمل باللجان، حتى تم إلغاؤها في عام ١٨٨٩ واعيد العمل بقانون تحقيق الجنايات سنة ١٨٩٥[١].

ورأى المشرع المصري إصلاح التشريع الإجرائي الجنائي. فصدر قانون جديد في ١٣ فبراير سنة ١٩٠٤ ، حاول من خلاله المشرع، احترام الضمانات المقررة للمتهم. ثم لحقته تعديلات متفرقة، إلى أن اصدر المشرع قانوناً جديداً في ٣سبتمبر سنة ١٩٥٠، تحت مسمى قانون الإجراءات الجنائية، يكفل بموجبه احترام الحقوق والحريات، ومنها بطبيعة الحال حق المتهم في أصل البراءة، وإن كان لم ينص عليها في صلب التشريع. فإن كثيراً من التعديلات والقوانين المكملة قد أدخلت عليه، فأضعفت نطاق الضمانات التي كان قد كفلها القانون[٢].

ثم ما لبث الوضع طويلاً حتى قامت الثورة في ٢٣ يوليه ١٩٥٢ وصاحب قيامها ظروف استثنائية أدى إلى المساس بالحرية الشخصية، والحق في أصل البراءة، كما أدت هذه الظروف إلى انتقاص الضمان القضائي، وتشكلت المحاكم الاستثنائية بالقانون رقم ٣٣٤ لسنة ١٩٥٢ في شأن جريمة الغدر، والأمر الصادر من مجلس قيادة الثورة في ١٦ سبتمبر سنة ١٩٥٣ بإنشاء محكمة الثورة، وكانت المحاكمة امام هاتين المحكمتين تتم وفقا لإجراءات خاصة، وبالتالي لم تكن تراعى فيها أصل البراءة في المتهم، ولا مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، حيث اجيز محاكمة الأشخاص امامها عن أفعال لم يكن معاقباً عليها من ذي قبل[٣].

وفي عام ١٩٦٤ صدر قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦٤ ، بشأن بعض التدابير الخاصة بأمن الدولة، وقد أضعف هذا القانون نطاق الحقوق والحريات الشخصية، فقد مكن هذا القانون رئيس الجمهورية عند قيام حالة تنذر بتهديد

---

(١)انظر، استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور، " القانون الجنائي الدستوري"، مرجع سابق، ص٢٢٨. استاذنا الدكتور. محمد ابو العلا عقيدة، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٣٠. الدكتور حسن صادق المرصفاوي، المرجع السابق ، ص١٥ .
(٢) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور، " القانون الجنائي الدستوري"، مرجع سابق، ص٢٢٩.
(٣) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور، المرجع السابق نفسه، ص٢٤

سلامة النظام السياسي أو الاجتماعي للبلاد، ان يأمر بالقبض على اي شخص واعتقاله متى توافرت أسباب جدية تنبئ بخطورته. كما سمح باعتقال المتهمين بارتكاب جرائم معينة، رغم القضاء ببراءتهم بواسطة المحاكم المختصة، كما نص هذا القانون على إعفاء النيابة عند تحقيق بعض الجنايات الهامة من مراعاة كثير من الضمانات التي ينص عليها قانون الإجراءات الجنائية لحماية الحرية الشخصية. اضف إلى ذلك قيام القانون بتخويل النيابة سلطة الحبس المطلق للمتهم. ومما يزيد الأمر خطورة. ان هذا القانون كان يعمل به دون التقيد بظروف الحرب، أو إعلان حالة الطوارئ[1].

ويظهر مما سبق، ان القوانين التي صدرت حتى سنة ١٩٧١ ، اي حتى صدور الدستور المصري، لم تكن تتضمن اي نص عام يصيغ حق المتهم في أصل البراءة . كما أن تعاقب التشريعات، وكثرة التعديلات التي ادخلت على القانون الإجرائي عكست روح التخبط والتسلط، فهي تارة تحمي الحرية الشخصية، وتارة تمسها بشكل صارخ تحت مبررات شخصية.

وإذا كان للبدأ لم يصاغ بنص صريح في قانون الإجراءات الجنائية المصري ، فإن القضاء و الفقه المصريين كانا - وما يزالان - يسلمان بوجود هذا المبدأ ، فقد استقر قضاء النقض على الأخذ بهذا المبدأ قبل النص عليه في دستور ١٩٧١، فذهبت محكمة النقض المصرية في حكم لها إلى القول: " يجب ان تبنى الأحكام على الجزم واليقين لا على الظن والاحتمال "[2]، ... **وانه لا يضير العدالة إفلات مجرم من العقاب، بقدر ما يضيرها الافتئات على حريات الناس**[3]....ومن ضمن ما قضت به: انه إذا قالت المحكمة: " إنها ترجح ثبوت التهمة، فإن حكمها وقد اقام قضاؤه بالإدانة على ترجيح ثبوت التهمة، يكون معيباً بما يستوجب نقضه"[4]. وانه إذا كانت المحكمة لم تنته من الأدلة التي ذكرتها إلى الجزم بأن الطاعن هو الذي اختلس المبلغ، ومع ذلك

---

(1) راجع: استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور، المرجع السابق نفسه، ص٢٤. الدكتور عبد الرءوف مهدي، " القواعد العامة للإجراءات الجنائية"، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص٣١ وما بعدها.

(2) نقض ١٧ مارس ١٩٥٨، مجموعة احكام النقض، س٩ رقم ٨١، ص٢٩٤. نقض ٢٨ اكتوبر ١٩٥٨، مجموعة احكام النقض س٩- رقم ٢١٠ ، ص٨٥٥.

(3) نقض ٢١ اكتوبر ١٩٥٨، مجموعة احكام النقض، س٩، رقم ٢٠٦ ، ص٨٣٩.

(4) نقض ١٥ ابريل ١٩٤٦، مجموعة القواعد القانونية، س٧ رقم ١٣٩- ص١٢٤.

حكمت عليه، فإنها تكون قد اخطأت خطا يعيب حكمها بما يستوجب نقضه[1].

ويسلم الفقه المصري بهذا المبدأ، حيث يراه البعض من المبادئ التي تنحدر من القانون الطبيعي، وبالتالي، فإن عدم تدوينه بنص في القانون، لا يمكن ان يؤدي إلى القول بعدم وجوده، او بعدم التسليم به[2].

وهناك العديد من رجال الفقه [3] يسلمون بهذا المبدأ، باعتبارها قاعدة اصولية في التشريع الجنائي الإسلامي، مستندين في ذلك إلى الحديث الشريف الذي يأمر بدرء الحدود في الشبهات[4].

المرحلة الثانية: منذ صدور دستور ١٩٧١

في ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ صدر الدستور المصري، لكي يؤكد احترام ضمانات الحرية الشخصية، ومن ضمن ما تضمنه من مبادئ أصل البراءة إذ تنص المادة ٦٧ منه: "ان المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه ".

ومن اللافت للنظر، أن المادة ٦٧ قد ادرجت في الباب الرابع بعنوان سيادة القانون وهذا يدلل على القيمة التي يحتلها المبدأ في الدستور المصري، وانه إحدى مقومات الدولة القانونية، ذلك أن سيادة القانون تعني احترام أحكامه، وسموه وارتفاعه على الدولة. والدولة القانونية التي يحكمها مبدأ سيادة القانون، هي الدولة التي تقبل أن تعمل بواسطة القانون، وأن يحكمها القانون الذي يوفر للأفراد حقوقهم وحرياتهم في مواجهة سلطاتها، فالقانون ليس مجرد أداة لعمل الدولة، ولكنه أيضا الضمان الذي

---

(1) نقض ١٨ نوفمبر ١٩٤٦، مجموعة القواعد القانونية، س٧ رقم ٢٢٩ ، ص٢٢٥. نقض١١مارس ١٩٤٦، مجموعة القواعد القانونية، س٧، رقم ١٠١ ، ص٨٩.

(2) الدكتور محمود محمود مصطفى: " تطور قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص٢٢.

(3) انظر في ذلك: د.محمود نجيب حسني: " شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ط١٩٨٨، ص٤٢٢. استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص١٨٥.الدكتور محمد زكي ابو عامر: " الإثبات في المواد الجنائية "، مرجع سابق، ص٣٩. الدكتور مصطفى فهمي الجوهري: " الوجه الثاني للشرعية الجنائية "، مرجع سابق، ص ٤٧.

(4) الدكتور اسامة عبد الله قايد: " حقوق وضمانات للشتبه فيه في مرحلة الاستدلال " دراسة مقارنة، ط٣، ١٩٩٤، ص١٣٢. حسين جميل: " حقوق الإنسان والقانون الجنائي، معهد البحوث والدراسات العربية، بدون سنة نشر، ص ٢٠٧.

يكفل حقوق الأفراد في مواجهة الدولة[1].

ومن الملاحظ ايضا، ان النص على اصل البراءة، جاء بعد المادة ٦٦ التي تنص على ان " العقوبة شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون". وهذا بدوره يؤكد الترابط بين اصل البراءة الذي تضمنته المادة ٦٧، وشرعية الجرائم والعقوبات الذي تضمنته المادة ٦٦، والذي بدوره يمثل حجر الزاوية في القانون الجنائي، وهو الذي يفرق بين الدولة القانونية والدولة البوليسية.وهو ما سبق التعرض له.

المطلب الثالث

قانون الإجراءات الجزائية اليمني وأصل البراءة

في البداية أود الإشارة، إلى أن النظام الإجرائي في اليمن يستمد كافة احكامه من الشريعة الإسلامية الغراء، منذ أن بدأت حركت التقنين في اليمن[2]. وقد أكدت جميع الدساتير المتعاقبة في اليمن على أن " الشريعة الإسلامية هي مصدر القوانين جميعا"[3].

وبصدد تكريس أصل البراءة في التشريع الإجرائي اليمني يمكن القول: إنه قبل تقنين احكام الشريعة الإسلامية، كانت الأحكام الشرعية تؤخذ من مصادرها الأصلية المتمثلة بالكتاب والسنة والإجماع، واستنباط الأحكام يتم بواسطة طائفة متخصصة وهم طائفة الفقهاء.ولم تكن هناك نصوص محددة تصاغ بشكل قانون

---

(1) انظر: أستاذنا الدكتور احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، ط1 ١٩٩٩م، ص ٢٢.

(2) وقد جاء في الدستور السابق عام ١٩٧٠ في ديباجته: "....نحن اليمنيين شعب عربي مسلم، لا بقاء لنا ولا لوطننا إلا بالتمسك بجنسيتنا العربية الأصيلة... ولا حياة لنا بين الأمم ولا عزة ولا خلق، إلا بديننا الإسلامي الحنيف، الذي دان به شعبنا، خلال أربعة عشر قرنا، يسير على هديه، ويلتزم فرائضه، ويتقيد بأوامره ونواهيه ويقف عند حدوده".وهذا الدستور كان معمولاً به فيما كان يسمى بالجمهورية العربية اليمنية قبل قيام الوحدة المباركة بين شطري البلاد.

(3) جاء في المادة الرابعة من دستور ١٩٦٤ بان " الشريعة الإسلامية مصدر القوانين جميعا" وهو ذات النص الذي تضمنته المادة الثالثة من دستور ١٩٧٠ . وجاء في المادة الثالثة من الدستور الحالي الصادر وفقاً للتعديلات في عام ١٩٩٤ بان " الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات". انظر: محمد راشد عبد المولى: " تطور التشريع والقضاء في الجمهورية اليمنية "، عالم الكتب اليمنية ومكتبة خالد بن الوليد - صنعاء، ٢٠٠٢، ص ٢٦٣ وما بعدها.

وضعي، يسهل للقاضي مهمة تطبيق نصوصه، وفي ذات الوقت يمكّن الأفراد جميعاً من الاطلاع عليها بسهولة ويسر. إلا ان ظروف الحياة الواقعية المعاصرة اقتضت صياغة الأحكام الشرعية في نصوص محددة ومفهومة للجميع.

ولهذا الغرض شكلت لجنة من كبار العلماء في الشريعة والقانون أطلق عليها اسم " الهيئة العلمية لتقنين احكام الشريعة الإسلامية "، حيث شكلت لأول مرة بموجب قرار مجلس القيادة رقم ٧٤ لسنة ١٩٧٥[1].

ومن الواضح أن حركة التقنين في اليمن بدات حديثا نسبياً.ويعتبر اول قانون ينظم الإجراءات الجزائية بشكل متكامل، هو القانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٩، حيث تضمن هذا القانون في المادة الثانية منه نصاً، يقضي بان "المتهم بريء حتى تثبت إدانته.."[2].

وبعد قيام الوحدة اليمنية ، صدر تشريع جديد ينظم الإجراءات الجزائية بموجب القرار الجمهوري بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٩٤. إذ نص في مادته الرابعة على أن " المتهم بريء حتى تثبت إدانته، ويفسر الشك لمصلحة المتهم ".

ومن هنا يتبين أن المقنن اليمني قد أكد على حماية أصل البراءة في قانون الإجراءات الجزائية بعد أن تضمنه الدستور اليمني. واختلفت صياغة المادة في القانون عما جاء في الدستور، والأصل أن تأتي الصياغة أكثر تفصيلاً للنص الدستوري، كأن يقرن النص بالضمانات التي تكفل حمايته، وهي المحاكمة المنصفة وحقوق الدفاع وعدم إدانة النفس... بيد أن النص لم يأتي بجديد، سوى انه قرن هذا المبدأ بقاعدة أن الشك يفسر لمصلحة المتهم. واستبعد من النص عبارة " بحكم بات " التي وردت في الدستور، وكان الأحرى أن يكون النص القانوني أكثر دقة وانضباطاً وتفصيلاً.

ومن الجدير بالذكر أن التقنين المدني اليمني قد نص على قاعدة استصحاب الحال التي يعد أصل البراءة وجهاً من وجوهها، على ما بينا سابقاً.

---

(1) محمد راشد عبد المولى: " تطور التشريع والقضاء في الجمهورية اليمنية "، عالم الكتب اليمنية ومكتبة خالد بن الوليد – صنعاء، ٢٠٠٢، ص٦٣.

(2) انظر: الدكتور علي حسن الشرفي: " شرح الأحكام العامة في التشريع العقابي اليمني وفقا لمشروع القانون الشرعي للجرائم والعقوبات، الجزء الأول النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، ط١، ١٩٩٢، ص٦ وما بعدها.

ونخلص من كل ما سبق، إلى أن حماية أصل البراءة قد كفلته المواثيق والمعاهدات الدولية باعتباره حقاً من حقوق الإنسان، كما أكدته العديد من الدساتير والتشريعات الإجرائية المعاصرة.

الفصل الثالث

نطاق الحق في أصل البراءة وتقديره

تمهيد وتقسيم:

إذا كان أصل البراءة من الحقوق الأساسية لكل مشتبه فيه أو ملاحق في دعوى جنائية، فإن التساؤل الذي يثار في هذا الصدد هو: هل يعد هذا الحق من حقوق الإنسان؟ أم من حقوق الشخصية؟ أم هما معاً ؟

وإذا تحددت هوية هذا الحق، فإن التساؤل الآخر هو: ما حدود هذا الحق، وما هي مجالاته فهل مقصور على الإثبات الجنائي أم يمتد ليشمل كافة فروع القانون الجنائي، بل والقوانين الأخر كالقانون الإداري والمدني؟ وهل يستفيد منه كافة المتهمين، وفي كافة الجرائم، أم بعض منهم ؟ وهل يظل منتجاً لآثاره مهما كانت جسامة الجريمة، ومهما بلغت قوة الأدلة تجاه المتهم ؟ وما اللحظة التي ينقضي فيها اثره؟

وللإجابة عن ذلك، سوف نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: أصل البراءة بين حقوق الإنسان وحقوق الشخصية.

المبحث الثاني: نطاق أصل البراءة.

المبحث الثالث: تقدير أصل البراءة.

المبحث الأول

أصل البراءة بين حقوق الإنسان وحقوق الشخصية

تمهيد وتقسيم:

إذا كانت هوية أصل البراءة قد تحددت باعتباره من الحقوق الأساسية للإنسان[1]، فإن التساؤل المثار هو هل يعد هذا الحق من حقوق الإنسان أم من حقوق الشخصية أم هما معاً؟ إذ في تحديد ذلك يتحدد الدور الذي يؤديه أصل البراءة في النظام القانوني.

وسوف نجيب عن ذلك من خلال مطلبين نبين في الأول أصل البراءة كحق من حقوق الشخصية ثم في المطلب الثاني نتناول أصل البراءة كحق من حقوق الإنسان وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

أصل البراءة كحق من حقوق الشخصية

يقصد بحقوق الشخصية، تلك الحقوق التي تثبت للإنسان لمجرد آدميته، وهي ملازمة له منذ ولادته إلى حين وفاته، وقد اصطلح البعض على تسميتها بالحقوق العامة[2]كما يفضل البعض تسميتها الحريات العامة[3]. وقد أطلق عليها فلاسفة القرن الثامن عشر اصطلاح الحقوق الطبيعية، أو حقوق الإنسان، وذلك تحت تأثير مدرسة القانون الطبيعي، التي ترى أن الإنسان لمجرد كونه إنساناً، يولد بحقوق طبيعية تولد معه، وهو لم يقبل الخضوع لسلطان الدولة، إلا لأنها ستحافظ له على تلك الحقوق، وأنه لم يتنازل عن جزء منها، إلا بقدر الضرورة[4].

وأصل البراءة يعد حقاً من الحقوق التي حرصت المواثيق الدولية والدساتير المختلفة على النص عليه - كما بينا-. كما حرصت على النص على الحقوق الملازمة للشخصية، وإن لم تُحطْ بها جميعا، ذلك أن الحقوق الملازمة للشخصية تتميز بأنها غير واردة على سبيل الحصر، حيث يصعب حصرها، وإن كان البعض قد حاول

---

(1) انظر ما سبق في الفصل التمهيدي، ص٥١ .

(2)انظر: الدكتور حسن كيره : "أصول القانون"، دار المعارف بمصر الطبعة الثانية ١٩٥٩-١٩٦٠ص ٥٩٤.

(3) الدكتور عبد المنعم البدراوي: "المدخل للقانون الخاص"، بدون ناشر وسنة نشر، ص ٧٨ .

(4) الدكتور عبد المنعم البدراوي: المرجع السابق نفسه ، ص ٧٨ . الدكتور حسن كيره: "أصول القانون"، مرجع سابق، ص ٥٧٨.

جمعها في جملة من الحقوق تحت مسمى بيان حقوق الشخصية[1] إلا ان الصفة غير الحصرية لحقوق الشخصية هي السائدة لدى الفقه[2].

وأصل البراءة يتمتع بخصائص هذا النوع من الحقوق[3]، فهو حق غير مالي، او لا يقوم بالنقود، وإن كان الاعتداء عليه يرتب حقا مالياً في التعويض[4]، كما انه حق غير قابل للتصرف فيه، ولا يسقط بالتقادم[5].

وتتبدى لنا مصلحة خاصة في إضفاء هذه الصفة ، اي الصفة غير الحصرية إلى خصائص حقوق الشخصية، وذلك لإدراج أصل البراءة ضمن حقوق الشخصية التي تكفل القانون المدني بحمايتها بوجه عامة،دون الحاجة إلى نص خاص يكفل حماية الحق في أصل البراءة من أي اعتداء. بحيث إذا حصل اعتداء على أصل البراءة، فإنه بإمكان الشخص الذي تعرض للاعتداء غير المشروع على حقه في أصل البراءة -باعتباره من حقوق الشخصية- أن يطلب من القضاء وقف الاعتداء مع تعويضه عما لحقه من ضرر .

ولتوضيح ذلك نضرب مثلاً:إذا نشرت إحدى الصحف أو وسائل الإعلام في اليمن تحقيقات بشأن ما هو منسوب للمتهم بما يوحي أنه مذنب ، سواء كان ذلك بشكل مقال او رسم كاريكاتير، فإنه يتحقق بذلك اعتداء على حقه في أصل البراءة- باعتباره من الحقوق الشخصية-، حيث يمكن لمن وقع عليه الاعتداء أن يطلب من القضاء وقف هذا الاعتداء الواقع عليه، وتعويضه عن الضرر الذي أصابه،استناداً إلى نص المادة ٤٧ من التقنين المدني اليمني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢[6]، والتي تنص على أنه:" لكل

---

(1) هناك من الفقه من حصر حقوق الشخصية فيما يأتي:
حق الشخص في تمييز ذاته اي يتميز بشخصية مستقلة تميزه عن غيره
حق الشخص في سلامة جسمه بعدم الاعتداء عليه.
حق الشخص في سلامة كيانه الأدبي، اي حقه في سلامة شرفه وسمعته من الأذى.
حق الشخص في الحرية الشخصية بجميع مظاهرها كحرية العقيدة وحرية الحركة وحرية الاجتماع وحرية التعبير ... وغيرها .
حق الشخص على نتاج فكره .
انظر تفصيلا : الدكتور عبد المنعم البدراوي : " المدخل للقانون الخاص " ، مرجع سابق ، ص ٨٠ .

(2) راجع: الدكتور أسامة أبو الحسن المجاهد: " الحماية المدنية للحق في قرينة البراءة ،- مرجع سابق، ص٢٨. والمرجع المشار إليه في الهامش رقم ٣٥.

(3)الدكتور احمد ضياء الدين محمد خليل:مشروعية الدليل في المواد الجنائية، مرجع سابق ، ص١٨٨.

(4) راجع: الدكتور حسن كيره: " أصول القانون"، مرجع سابق، ص ٥٨٨.

(5) انظر: الدكتور عبد المنعم البدراوي: " المدخل للقانون الخاص " مرجع سابق، ص٨١. الدكتور أسامة أبو الحسن المجاهد: " الحماية المدنية للحق في قرينة البراءة " ، مرجع سابق ، ص٢٧ .

(6) مجموعة القوانين المدنية الموضوعية والإجرائية الصادر عن وزارة العدل اليمنية ، الكتاب الثالث ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٣ ، ص٣٠.

من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من حقوقه الشخصية أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما لحقه من ضرر ".

وكذلك الحال في القانون المصري، حيث يمكن للشخص الذي اعتدي على حقه في اصل البراءة، أن يطلب من القضاء رفع الاعتداء الذي وقع على حقه في اصل البراءة، وتعويضه عما لحقه من ضرر جراء هذا الاعتداء، استناداً إلى نص المادة ٥٠ من القانون المدني المصري، والتي تنص على أن: " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر".

واما في فرنسا، نجد أن المشرع الفرنسي قد رفع من الحق في أصل البراءة إلى مقام حقوق الشخصية، وذلك حينما نص علي أصل البراءة في المادة٩-١ من القانون المدني الفرنسي، والتي أضيفت في ٥ يناير ١٩٩٣.وقد عدلت هذه المادة عدة مرات آخرها التعديل بموجب القانون رقم ٥١٦ لسنة ٢٠٠٠ بشأن " تدعيم حماية قرينة البراءة وحقوق المجني عليه"[١]، حيث أعادت التأكيد على هذا الحق، وأوضحت شروط إعماله، والجزاءات المترتبة على الاعتداء عليه.

والأدل على رفع هذا الحق إلى مصاف الحقوق الشخصية في فرنسا، أن المشرع الفرنسي أدرج نص المادة ٩-١ في الجزء المخصص لحقوق الأشخاص[٢]،إذ جاء وضعه بعد المادة التاسعة مباشرة، والتي تنص على الحق في احترام الحياة الخاصة droit au respect de sa vie privée.، وما تلاها من مواد و بالأخص المواد من ١٦ حتى ١٦-٩ وهي المتعلقة باحترام سلامة الجسد Du respect du corps humain وهي من حقوق الشخصية وجميعها حقوق فطرية غير قابلة للتصرف يخولها القانون لكل شخص طبيعي، وذلك من اجل حماية مصالحه الأساسية[٣].

---

(١)Article 9-1: de Code Civil, Ibid. Voir: Charles JOLIBOIS: "La présomption d'innocence ",Rapport 419 (98-99)commission des lois.op. cit. Jacques FRANCILLON: "liberté d'expression, dignité de la personne et présomption d'innocence ", Rev.Pénit. D. P., N° 1 avril 2001, p202 et s. Hélèn Bureau:" la présomption d'innocence devant le juge civil cinq ans de l'application de l'article 9-1du code civil.JCP,éd.Gaz.Pal. N°8.1998, p.1694.

(٢) حيث أدرجت في الباب الأول تحت عنوان حقوق الأشخاص Titre Ier: Des droits civils من الكتاب الأول وعنوانه الأشخاص Livre Ier Des personnes . راجع القانون المدني الفرنسي.

(٣)Hélèn Bureau:" la présomption d'innocence devant le juge civil cinq ans de l'application de l'article 9-1 du code civil. J.C.P. éd.G. N °8 .1998 p.1694.

وتكمن خاصية التعديل الذي طرا على التقنين المدني الفرنسي بإدراج المادة ٩-١ والتي عبرت من جديد عن الحق في أصل البراءة[1] في ان هذا المبدا قد اصبح له مكانته في التقنين المدني، بعد أن كان منسوبا بصفة أساسية للإجراءات الجنائية، حيث كان الهدف الوحيد منه هو حماية الأفراد في الدعوى الجنائية في مواجهة سلطة رجال العدالة[2].

وهناك من الفقه الفرنسي[3] من يعترض على تقنين هذا المبدا في القانون المدني بحجة ان هذا المبدا لا يتعلق سوى بالقانون الجنائي، وأن المجال الخصب لهذا المبدا هو قانون الإجراءات الجنائية، وبصفة خاصة في القسم الخاص بالإثبات.

غير اننا نختلف مع الراي السابق،إذ من الواضح ان نقدهم لهذا الوضع مرجعه انهم يرون أن البراءة قرينة قانونية بسيطة مجالها الإثبات الجنائي فحسب، بينما نرى أن البراءة أصل في الإنسان وحق من حقوقه، وأن مجال إعمالها يشمل إجراءات الخصومة الجنائية، والإثبات الجنائي، ويمتد إلى القانون المدني، والقانون الإداري. وهو ما ننادي للعمل به في التشريعين المصري واليمني.

ومن الملاحظ، أن القانون الفرنسي حينما أكد على أصل البراءة في التقنين المدني، لم يشأ أن يجعله منبت الصلة عن الدعوى الجنائية في كل الأحوال، بل على العكس، نرى أن المشرع الفرنسي في بعض الحالات، ربط بين الحماية المقررة بموجب نص المادة ٩-١ من التقنين المدني، وبين تعرض الشخص للإجراءات الجنائية، بحيث لا يطبق النص المدني في هذه الحالات، إلا عندما تتخذ ضد الشخص بعض الإجراءات الجنائية[4].

ولتوضيح ذلك نضرب مثلاً: عندما تتخذ الإجراءات الجنائية ضد أحد

---

(1) ومن الجدير بالذكر ان التقنين المدني اليمني قد اكد على أصل البراءة في صدر القانون المدني، واعتمد في صياغة ذلك على استصحاب الحال الذي تعارف عليه فقهاء الشريعة الإسلامية.حيث نصت المادة ١١ على انه ".. والأصل بقاء ما كان حتى يثبت غيره والأصل في الأشياء الإباحة حتى يقوم الدليل على تحريمها..والأصل براءة الذمة حتى يثبت غيرها."

(2) Hélèn Bureau:" la présomption d'innocence devant le juge civil cinq ans de l'application de l'article 9-1 du code civil. op.cit.n°7 p.1694.

(3) Christine LAZERGES:"Chronique de politique Criminelle,le projet de la loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes", R.S.C., Dalloz, N°1,1999, p.168.

(4) راجع : الدكتور أسامة ابو الحسن مجاهد : المرجع السابق ، ص ٢٤.

الأشخاص الذين تم حبسهم احتياطياً على ذمة التحقيقات، ثم لم تسفر التحقيقات عن ادلة كافية لتقديمه للمحاكمة الجنائية،فصدر امر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجنائية، لعدم كفاية الأدلة. فهنا تحققت الحماية في نطاق الإجراءات الجنائية، وأدى اصل البراءة في نطاق الإجراءات الجنائية دوره بالكامل في تفسير الشك لمصلحة المتهم حيث إن أصل البراءة قد لعب دوره في إصدار الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى وكذلك الحال لو صدر لصالحه حكم بالبراءة.

ولكن ماذا لو كانت إحدى الصحف، او وسائل الإعلام، قد نشرت تحقيقا بشأن ما هو منسوب للمتهم، فشكل بذلك اعتداء على أصل البراءة باعتباره حق من حقوق الشخصية، وفقا للمادة ٩-١ من التقنين المدني الفرنسي، فهل يمكن القول بأن مجرد صدور القرار بأن لا وجه لإقامة الدعوى او الحكم بالبراءة يكفي لإزالة هذا الاعتداء؟ .

والإجابة- لا شك- تكون بالنفي، فهذا الاعتداء قد تحقق بمجرد ان نسبت الصحيفة للشخص انه مذنب، قبل أن يقول القضاء كلمته بحكم بات صادر بالإدانة وهو اعتداء لا يمحوه، أن يحكم ببراءته بعد ذلك، لأن الإدانة قد نسبت إليه في الوقت الذي كان لا يجوز فيه نسبتها إليه، ومن ثم فعندما تتدخل المادة ٩-١ لتوقف هذا الاعتداء، بغض النظر عما قد تسفر عنه المحاكمة الجنائية، فإنها تكون قد حققت حماية مدنية خاصة، لا تحققها أحكام أصل البراءة المقررة في المجال الجنائي .

ولهذا السبب، قلنا بأن لنا مصلحة في إدراج أصل البراءة ضمن حقوق الشخصية التي تكفل القانون المدني بحمايتها بوجه عامة دون الحاجة إلى نص خاص عليه.

وفي ظل غياب مثل هذا النص في كل من التقنين المدني المصري واليمني ؛ فإنه في حال الاعتداء على الحق في أصل البراءة، سواء كان من قبل رجال السلطة العامة خاصةً النيابة العامة والشرطة؛ وذلك عندما تقوم هذه الجهات بالإدلاء بأية تصريحات عن إدانة أو براءة المتهم قبل صدور الحكم عليه.او كان الاعتداء من قبل اجهزة الإعلام عندما تقدم الشخص على انه مذنب قبل أن يصدر حكم بإدانته[1].فإنه يمكن حماية هذا الحق بموجب نص المادة ٥٠ من التقنين المدني المصري، او بموجب نص المادة ٤٧ من التقنين المدني اليمني، والتي ذكرناهما سابقاً.

---

[1] لكن الحق في أصل البراءة لا يتعرض للانتهاك إذا أطلعت السلطات الرأي العام على أنباء التحقيقات الجنائية، وذكرت في سياق ذلك اسم المشتبه فيه، او اعلنت انها قبضت عليه أو انه اعترف طالما لم يقترن هذا باي تصريح يفيد بأنه مذنب. انظر: دليل المحاكمات العادلة الصادر عن منظمة العفو الدولية، مرجع سابق.

المطلب الثاني

أصل البراءة حق من حقوق الشخصية وحقوق الإنسان

درج بعض الفقه[1] على تسمية بعض الحقوق التي تشترك في حماية مقومات الشخص وعناصره الأساسية، بحقوق الشخصية، وحقوق الإنسان.

ويثار التساؤل حول ما إذا كان هناك فرق بين هذين الاصطلاحين؟ أم انهما يحملان ذات المعنى ؟

وللإجابة عن هذا التساؤل نبادر إلى القول: إن مدلول هذين الاصطلاحين متقاربان إلى حد ما، لاشتراكهما- كما قلنا- في حماية مقومات الشخص وعناصره الأساسية.

وهناك من الفقهاء من يرى[2] أن حقوق الإنسان مصطلح يشار به إلى ما يتمتع به الأفراد من حقوق طبيعية، تنبع من إنسانيته وترتبط بالذات الإنسانية[3]. وهي حقوق فرضت لضمان حماية الأفراد من تحكم الدولة واستبدادها، ولذلك فقد اكتسبت بعداً عالمياً وإقليمياً بدءاً بإعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في فرنسا سنة ١٧٨٩، ومروراً بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة ١٩٤٨، ثم الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان، وكذلك الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان.

اما اصطلاح حقوق الشخصية، فيصرفه الفقه- أساساً- إلى الحقوق الواردة على مقومات الشخصية، وعناصرها في علاقات الأفراد بعضهم ببعض، بحيث يكون الهدف -في هذا المعنى- هو حماية الشخصية وحقوقها من اعتداء الأشخاص الآخرين لا من اعتداء الدولة[4].

ويرى هذا الفقه[5]، ان هذه النظرة المزدوجة إلى حقوق ذات طبيعة واحدة، إنما ناتج عن تقسيم القانون إلى قانون عام، وقانون خاص، فحماية الشخصية في علاقات القانون العام تحتم الاعتراف للإفراد بحريات وحقوق مقدسة، يمتنع على الدولة

---

(١) انظر: الدكتور حسن كيرة: "اصول القانون"، دار المعارف، ط٢، ١٩٥٩- ١٩٦٠، ص٥٧٨.

(٢) الدكتور حسن كيرة: المرجع السابق نفسه، ص٥٧٩.

(٣) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: "الحماية الدستورية للحقوق والحريات"، مرجع سابق، ص٢٨ وما بعدها.

(٤) انظر: الدكتور حسن كيرة: "اصول القانون" المرجع السابق، ص٥٧٩و٥٨٠.

(٥) الدكتور حسن كيرة: "اصول القانون" المرجع السابق، ص ٥٨٠ وما بعدها.

إهدارها، وتكون قيداً يرد على سلطانها، وحماية الشخصية في علاقات القانون الخاص تقتضي فرض الاحترام المتبادل بين الإفراد، وحماية الحقوق من اعتداء الآخرين.

وعلى أي حال، فإن اختلاف الزاوية التي ينظر منها إلى حماية الشخصية باختلاف من يراد حماية الشخصية من اعتدائه- الدولة أم الأشخاص العاديون- هو الذي يبرر عدم التطابق الكامل بين الحقوق الداخلة تحت طائفة حقوق الإنسان وتلك الداخلة تحت طائفة حقوق الشخصية.

ويضرب هذا الفقه[1] مثلا بقوله: إن حق الملكية يستعصي بطبيعته المالية أن يكون في عداد حقوق الشخصية، ومن ثم فإن هذا الحق هو من حقوق الإنسان الطبيعية؛ كونه لازماً لوجود الفرد، ويستوجب حمايته من اعتداء السلطة، وتقييدها بوجوب احترامه.

وفي المقابل، هناك جانب من الفقه[2] يستعمل كلا التعبيرين -حقوق الشخصية وحقوق الإنسان- كمترادفين،وذلك تحت تأثير مذهب القانون الطبيعي، الذي يرى أن كل إنسان يتمتع بحكم طبيعته الإنسانية ببعض الحقوق اللصيقة بالطبيعة البشرية، والتي تعتبر حقوقاً أساسية لا يمكن للفرد أن ينعم بحياته داخل المجتمع بدون احترامها. وبالتالي لا يجوز لأية سلطة وضعية، أن تخالفها، وأي تجاهل لها يشكل اعتداء عليها.

ويفند هذا الفقه[3] ما قيل من مبررات للتفرقة بين حقوق الشخصية وحقوق الإنسان بقوله:

١- ما ذكره هذا الفقه نفسه من أن طبيعة هذين النوعين من الحقوق واحدة.

٢- أن المثال الذي استند إليه انصار الراي السابق باعتبار حق الملكية من حقوق الإنسان، وليس من حقوق الشخصية، تنقصه الدقة؛لأن المقصود بحق الملكية، كحق من حقوق الإنسان، ليس هو حق الملكية بعد ثبوته للمالك، بما يخوله من مكنة

---

(١) الدكتور حسن كيرة: المرجع السابق نفسه، ص٥٨٠. الدكتور أسامة أبو الحسن المجاهد: المرجع السابق، ص٣٠ وما بعدها.

(٢) راجع تفصيلا: أستاذنا الدكتور احمد فتحي سرور:" الحماية الدستورية للحقوق والحريات "، مرجع سابق،

ص٣٤ وما بعدها. الدكتور مصطفى فهمي الجوهري: " الوجه الثاني للشرعية الجنائية "، مرجع سابق، ص ١٠ .

(٣)انظر: الدكتور أسامة أبو الحسن المجاهد: المرجع السابق، ص٣٢ وما بعدها.

مالية، هي الاستعمال والاستغلال والتصرف على شيء معين بعد تحقق سبب من اسباب كسب الملكية، وإنما المقصود به حق الإنسان في التملك، فمثلا: الشخص الذي لا يملك شيئا ما ، صحيح أنه لا يتمتع بملكية هذا الشيء، ولكنه يحتفظ بحقه في تملكه[1].

ومن هذه الناحية الدقيقة، فإن حق الملكية، أو الحق في التملك كحق من حقوق الإنسان، هو في ذات الوقت حق من حقوق الشخصية، ويتمتع بذات الصفات التي يتمتع بها هذا الحق، فهو لا يقدر بمال، ولا يجوز التصرف فيه، ولا التنازل عنه ولا يسقط بالتقادم ، ولا يكتسب بالتقادم.أما حق الملكية - كحق من الحقوق المالية- فهو يقدر بالمال، ويجوز التصرف فيه، والتنازل عنه، ويكتسب بالتقادم، ولا ينشأ إلا إذا توافر سبب من أسباب كسبه[2].

وعلى ضوء ذلك، يمكن القول: إن حق الملكية بمعنى الحق في التملك، هو من حقوق الإنسان، أو من حقوق الشخصية على حد سواء.

٣- ان المعيار الذي أتخذ للتمييز بين حقوق الشخصية، وحقوق الإنسان، ليس مستمداً من اختلاف في طبيعة النوعين من الحقوق الهادفة إلى حماية الشخصية وإنما استمد من ناحية من يراد حماية الشخصية من اعتدائه، هل هي الدولة أم الأشخاص الآخرون؟ وهذا معيار غير دقيق.

و لو طبقنا هذا المعيار على الحق في أصل البراءة، فإن هذا الحق إذا تم الاعتداء عليه من قبل الدولة بواسطة رجال الشرطة، أو جهة الادعاء، أو سلطة التحقيق أو حتى رجال القضاء بمناسبة تصديهم للدعوى الجنائية، فإن أصل البراءة -هنا- يعد حقاً من حقوق الإنسان، وليس من حقوق الشخصية، أما إذا كان الاعتداء على أصل البراءة من قبل الأشخاص الخاضعين للقانون الخاص، سواء كانت اشخاص طبيعية او اعتبارية، كأن تكون إحدى الصحف، أو اجهزة الأعلام المسموعة، أو المرئية، هي مصدر هذا الاعتداء، أو كان مصدرها احد الصحفيين، فإن أصل البراءة في هذه الحالة يعد من حقوق الشخصية، وليس من حقوق الإنسان. وهكذا يؤدي بنا هذا المعيار إلى تصنيف حق واحد إلى نوعين متميزين من الحقوق، وهذا أمر غير مستساغ[3].

---

(1) الدكتور اسامة ابو الحسن المجاهد: المرجع السابق نفسه، ص ٣٤.

(2) انظر: الدكتور أسامة ابو الحسن المجاهد: المرجع السابق نفسه ، ص ٣٤.

(3) المرجع السابق نفسه، ص ٣٤.

ولكن هذا الفقه[١] برغم نقده للقائلين، بأنه ليس هناك فرق بين حقوق الشخصية، وحقوق الإنسان، يعود لينضم للقائلين بعدم وجود فرق بينهما،إلا ان هناك مشكلة استوقفت هذا الراي وهي، ان الأشخاص المعنوية-خصوصا بعد إقرار المسئولية الجنائية للأشخاص المعنوية في التشريعات العقابية[٢]-، هي الأخرى أصبحت عرضة للاعتداء على اصل البراءة[٣].

ويرى هذا الفقه، انه لما كانت حقوق الإنسان قاصرة على الإنسان، اي الشخص الطبيعي فحسب، ولا يدخل فيها الشخص المعنوي. فلا بد من التسليم بأن التطابق بين حقوق الشخصية وحقوق الإنسان لم يعد من الأمور الواردة، وبالتالي ينتهي هذا الراي، إلى أنه لا يمكن التسليم، بأن هناك تطابقاً كلياً بين حقوق الشخصية، وحقوق الإنسان.كما أنه لا يمكن القول بأن هناك فروقاً بين هذين الحقين، بل هناك تداخل فيهما، فهناك من حقوق الشخصية ما يعد من حقوق الإنسان، كحق الإنسان في سلامة جسده، او حقه في الشرف أو السمعة او السرية أو حقه في الحرية[٤]. وفي هذه الحالة يمكن استعمال الاصطلاحين.

وهناك من حقوق الإنسان مالا يدخل في نطاق حقوق الشخصية، نظراً لطبيعته المالية، كحق الملكية. وهناك من حقوق الشخصية ما لا يعد من حقوق الإنسان، وهو فرض نادر جدا،لأن كل حق من حقوق الإنسان، هو في ذات الوقت من حقوق الشخصية، وهذا الفرض هو حق الشخص المعنوي في أصل البراءة ، إذ لا يمكن القول: إن الشخص المعنوي، يتمتع بالحق في أصل البراءة، كحق من حقوق الإنسان،لأنه ليس إنسانا بطبيعة الحال، ولكنه يتمتع بهذا الحق باعتباره من حقوق الشخصية، كون الشخص المعنوي يتمتع بجميع الحقوق، إلا ما كانت ملازمة لصفة

---

(١) المرجع السابق نفسه، ص ٣٤.

(٢) كما هو الحال في التشريع العقابي الفرنسي . راجع في ذلك: استاذنا الدكتور محمد ابو العلا عقيدة، " الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد " بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية التي تنشرها كلية الحقوق جامعة عين شمس، يناير ١٩٩٧، العدد الأول، السنة التاسعة والثلاثون، ص ٧٠ وما بعدها.

(٣) وقد اوصت اللجنة الخاصة بإصلاح العدالة " réflexion sur la Justice " برئاسة TRUCHE إلى ضرورة امتداد الحماية المقررة لأصل البراءة في المادة ٩-١ للأشخاص المعنوية انظر:

Rappórt de la Commission de réflexion sur la justice présidée par Pierre Truche, La Documentation trancaise, 23 juillet 1997. www.ladocfrancaise.gouv.fr

(٤) راجع: الدكتور حسن كيره، " أصول القانون"، مرجع سابق، ص ٥٨٨.

الإنسان الطبيعية[1].

وخلاصة القول: إن أصل البراءة هو حق أساسي، من حقوق الشخصية، وهو في ذات الوقت من حقوق الإنسان بالنسبة للشخص الطبيعي، بينما يعد فقط من حقوق الشخصية بالنسبة للشخص المعنوي.

ويفرض أصل البراءة باعتباره من حقوق الشخصية، وحقوق الإنسان- في آن واحد- في حال الاعتداء عليه- أياً كان مصدر هذا الاعتداء- أن يتم إصلاح الضرر الذي أصاب الشخص من جراء هذا الاعتداء. مع الوضع في الاعتبار، أن الحق في التعويض مرجعه الاعتداء غير المشروع على أصل البراءة، ويكون الاعتداء غير مشروع في حال الخروج على الضمانات التي كفلتها الشرعة الدولية، والدساتير، والقوانين المختلفة للحقوق والحريات الشخصية في حال اتخاذ الإجراءات الجنائية.

وسوف نناقش هذه الضمانات في الصفحات اللاحقة.

المبحث الثاني

نطاق الحق في أصل البراءة

تمهيد وتقسيم:

إذا كان المجتمع ينظر إلى الشخص الذي ثبتت عليه التهمة، بأنه شخص قد وضع نفسه خارج الرباط الاجتماعي، وأصبح خارجاً على القانون؛ بسبب حرمانه الآخرين حقوقهم وحرياتهم ، فإنه قبل معاقبته وتقييد حريته، أو حتى حرمانه من الحياة، علينا ان نتأكد أولاً بشكل لا لَبْسَ فيه انه بالفعل مذنب باقتراف الجريمة أو الجرائم المنسوبة إليه "دون أدنى شك معقول "إعمالاً لأصل البراءة.

وحتى يتم تجنب الضرر الدائم للأفراد، بحيث لا يُصار إلى معاقبة إنسان هو في الأصل بريء قبل أن تثبت إدانته على وجه اليقين وبحكم قضائي بات تحققت فيه مقومات العدل والإنصاف.وفي ذات الوقت لتجنب وقوع أذى بحق المجتمع ومنع تآكل حريات الناس ، فإن نظام العدالة الجنائية يتطلب التوفيق بين المصلحتين ، وهو توافق لن يتحقق فيما لو أسيئ استخدام التشريعات الجنائية في معاقبة الأشخاص لمجرد مواقف سياسية معارضة، أو وضعت نصوص تفترض الإدانة أو تلقي عليهم

(1) الدكتور أسامة أبو الحسن المجاهد: المرجع السابق، ص ٢٤و٢٥.

عبء إثبات انتفاء المسئولية الجنائية او تقيد حريتهم دونما ضرورة ملجئة. وفي المقابل لن يتحقق التوافق إذا ترك المجرمين احراراً، دون قيد او ضابط، فذلك مما يهز الثقة بالحكومة وبالمجتمع، وهي ثقة اساسية في المجتمعات الحرة التي لا يمكن ان تنشأ إذا لم يكن فيها نظام العدالة قائم على الحق والعدل والإنصاف بحيث يعامل الناس المتهمين بارتكاب جرائم على أنهم ابرياء فتكفل لهم حقوقهم وتصان حرياتهم إلا ما اقتضته الضرورة في سبيل كشف الحقيقة والوصول إلى المجرم تمهيداً لمعاقبته.

وعلى ضوء ذلك سوف نتطرق في هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الأول دور أصل البراءة في التوفيق بين المصالح. وفي المطلب الثاني نتناول النطاق القانوني لهذا المبدأ. وفي المطلب الأخير: نتناول النطاق الشخصي لهذا المبدأ.

وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

دور أصل البراءة في التوفيق بين المصالح

إذا كان أصل البراءة- حسب ما انتهينا إليه- من حقوق الشخصية وحقوق الإنسان، بيد أن إن هذا الحق - كغيره من الحقوق - ليس حقا مطلقا[1] يستعصي على التقييد، وإنما قيد هذا الحق لاعتبارات حسن سير العدالة le bon fonctionnement de La justice. فمن المسلم به أن أعمال الاستدلال والتحقيق والمحاكمة كلها أعمال تمس أصل البراءة، حيث تثير الشك حول الشخص قبل ثبوت إدانته[2]. فإذا كان من واجب رجال الضبط القضائي ورجال التحقيق والقضاة احترام أصل البراءة، فإنه لا يجوز حرمانهم من اتخاذ الوسائل الكفيلة في تحقيق حسن سير

---

(1)لا توجد في الوقت الراهن ما يسمى بالحقوق المطلقة فجميع الحقوق تكاد تكون مقيدة بعدة قيود تتفاوت ضيقا واتساعا بحسب المصالح المختلفة التي يقتضي التوفيق بينها حال استعمال الحق. راجع في ذلك الدكتور عبد الرزاق السنهوري: " الوسيط في شرح القانون المدني ، جـ٨ ، حق الملكية ، دار النهضة العربية ط٢ ، ١٩٩١ ، ص ٦٠٩.

(2) من المعلوم انه عند التحري عن الجرائم يستتبع ذلك طرح رجال الشرطة أسئلة عديدة بشأن اتهام أشخاص معينين ،وقد تظهر أسماؤهم في القضية بشكل علني، وقد يصل الأمر إلى حد توزيع صور للمشتبه فيه او رسم تقريبي له،الأمر الذي من شأنه أن ينثر بذور الشك على كل شخص يشبهه ، وبالتالي فإن ذلك من شأنه أن يمس بأصل البراءة.

انظر: الدكتور أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص ٤٢. وانظر :

Hélèn BUREAU: "La présomption d'innocence devant le juge civil,Cinq ans de l'application de l'article 9-1 du code civil.Op.cit. P1695 et s.

العدالة، وهو ما يقتضي المساس بأصل البراءة من أجل إثبات الحقيقة. والقول بغير ذلك معناه استحالة تطبيق الإجراءات الجنائية[1]

ولذلك يثير أصل البراءة مشكلة جوهرية، هي قضية التوفيق بين حماية الحقوق والحريات الشخصية، وبين تحقيق اعتبارات حسن سير العدالة عند اتخاذ الإجراءات الجنائية، ذلك أن الإجراءات الجنائية تعد المجال الخصب الذي تبرز فيه مسألة التوفيق بين مصلحة الشخص المتهم في صيانة حقوقه وحرياته الشخصية،كون الأصل فيه البراءة ، وبين المصلحة العامة في كشف الجاني ومعاقبته[2] .

وإذا كان المشرع الجنائي يتحمل مسئولية تحقيق هذا التوازن، فإن المشكلة التي قد تثور هي مسألة المعيار الذي يتم به التوفيق بينهما، دون إفراط، أو تفريط في احدهما على حساب الآخر .

والواقع انه وإن كان لا يوجد معيار ثابت ومحدد نقيس على أساسه حالات التوفيق بين مصلحة المجتمع في العقاب، ومصلحة المتهم في حماية حقوقه وحرياته[3] وفي مقدمتها حقه في أصل البراءة، فإن هذا التوفيق يمكن ضبطه من خلال الضمانات الكفيلة بحماية حقوق المتهم عند اتخاذ أي إجراء جنائي ضده[4].وهي الضمانات التي أقرتها الشرعية الدولية، وأكدتها الدساتير، ونظمتها القوانين في المجتمعات الحرة ومن قبل اقرها التشريع الإسلامي .

ووفقاً لذلك، فإن كل إجراء جنائي يسمح به القانون، يجب أن يكون محدداً في اضيق نطاق، وبشكل واضح؛ درءاً للخطر في مباشرته، وإلا كان مخالفاً لأصل البراءة. وكل إجراء جنائي يمس الحقوق والحريات دون أن يكون محاطاً بالضمانات، يعد اعتداء تحكمياً، ومنتهكاً لأصل البراءة، مما يعتبر انتهاكا للمواثيق الدولية المصادق عليها، وللشرعية الدستورية [5].

وفي مجال التوفيق بين الحق في اصل البراءة واحترام الحق في حرية التعبير، فقد

---

(1) انظر: استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري "، ط٤،٢٠٠٦ ، ص٢٩٢.

(2) انظر ما سبق في الفصل التمهيدي من هذه الرسالة، ص.

(3) انظر تفصيلا : احمد إدريس احمد : " افتراض براءة المتهم " ، مرجع سابق ، ص ٥٧.

(4) وسوف نناقش تلك الضمانات لاحقاً.

(5)استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري "، مرجع سابق، ص ٢٩٣.

اثير البحث حول تأثير اصل البراءة على الحق في التعبير وحق وسائل الإعلام في نشر اخبار القضايا الجنائية حال حرمانها حرماناً مطلقا من هذا الحق[1].

وليس من شك أن حرية التعبير من المبادئ السامية التي تحميه العديد من الدساتير والقوانين في الأنظمة الحرة[2]. وبالتالي لا يمكن حرمان احد من هذا الحق بيد أنه لابد من التوازن بين الحق في التعبير،وبين حق المتهم في عدم جواز نشر اخبار ضده،وبما يسيء إلى مركزه القانوني في الدعوى، وينتهك حقه في أصل البراءة[3].وفي هذا الصدد أكدت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان بأن إبداء الصحفي لرايه بوضوح حول إدانة المتهم، من شانه أن يجعل مقاله مؤثراً في الدعوى المرفوعة على المتهم، مما يؤثر في حيدة السلطة القضائية[4].

ومن الجدير بالذكر، ان لجنة إصلاح العدالة الجنائية التي شكلت في فرنسا من قبل الرئيس الفرنسي جاك شيراك في ٣١ يناير عام ١٩٩٧ قد دعت في تقريرها بشأن "حريّة المعلومات و قرينة البراءة،وحق المواطنين في الحصول على المعلومات"إلى أن حق المواطنين في الحصول على المعلومات يعد استثناء من " قرينة البراءة".وعلى اية حال تتحمل الصحافة المسئولية الجنائية عندما تنشر أخبار توحي بأن الشخص مذنب"[5].

وأشار التقرير ايضاً إلى ان " تصحيح الضرر الناجم عن انتهاك اصل البراءة من

---

(1)Jacques FRANCILLON:"Liberté d'expression,dignité de La personne et présomption d'innocence ", Rev.Pénit.D. P., N° 1 avril 2001, p196et s.

وسوف نتطرق لدراسة تأثير وسائل الإعلام على اصل البراءة بشكل مفصل لاحقاً.

(2)Patrick AUVRET: " La liberté de la presse et la présomption d'innocence ",actes du colloque sur "La présomption d'innocence". Ce colloque a eu lieu le samedi 4 mars 1995 à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne, Revue Européenne de Philosophie et de Droit, premier numéro,op. cit.

(3)Catherine SAMET:" La présomption d'innocence ", Revue Pénitentiaire et de droit pénal , N° 1 Avril 2001, p15.

(4) Antonni Buchet :"Au regard de la convention européenne des droit de l'homme la présomption d'innocence", colloque, p.33

أشار إليه استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري "، مرجع سابق، ص٢٦١ وما بعدها.

(5)La liberté d'information et la présomption d'innocence et droit des citoyens à l'information:" Il ne doit être dérogé à la liberté d'information, droit des citoyens, qu'exceptionnellement. Toutefois, la responsabilité pénale des entreprises de presse peut être recherchée. De même les sondages sur la culpabilité sont prohibés".

Pierre Truche, Rapport de la commission de réflexion sur la Justice, Juillet 1997, op. cit.p.81.

قبل وسائل الإعلام، يمكن ان يتم بتوسيع نطاق تطبيق نص المادة ٩-١ من التقنين المدني وباقتراح من النيابة العامة، ومن خلال منح بعض التسهيلات في الإثبات في مسائل الراديو والتلفزيون[1].

ونخلص من ذلك، إلى أن نطاق أصل البراءة، يتحدد أولاً على ضوء: التوفيق بين حماية حقوق وحريات المشتبه فيه، أو المتهم،عند التوسل في الإجراءات الجنائية،وبين حماية مصلحة المجتمع في اقتضاء حقه في العقاب. وكلما كانت التشريعات ملتزمة بحدود الضرورة والتناسب عند المساس بالحقوق والحريات الشخصية، وبتوفير الضمانات التي تحمي الحرية الشخصية،عند التوسل بالإجراءات الجنائية،كلما كانت اقرب إلى تحقيق العدالة الجنائية، وأكثر احتراماً لأصل البراءة.

ومن ناحية ثانية، يتحدد نطاق اصل البراءة من خلال التوفيق بين الحق في التعبير، والحق في أصل البراءة. بحيث لا يجوز التضحية بأحدهما على حساب الآخر.

المطلب الثاني

الدور القانوني لأصل البراءة

لا يقتصر الدور القانوني لأصل البراءة في الوقت الراهن على المجال الجنائي وإنما للمبدا دور يقوم به خارج إطار الخصومة الجنائية، وذلك عندما تكون التهمة الموجهة للشخص ذات طبيعة إدارية. وهو ما سنوضحه على النحو التالي:

الفرع الأول

الدور المزدوج لأصل البراءة في المجال الجنائي

يؤدي أصل البراءة دوراً مزدوجاً في المجال الجنائي، فهو من ناحية يعد من القواعد التي تحكم الخصومة الجنائية وفي ذات الوقت يعد احد القواعد التي تحكم الإثبات الجنائي.

وسوف ابين - بشكل موجز - هذين الدورين.

---

[1]La réparation des atteintes à la présomption d'innocence peut se faire par la voie civile, en étendant le champ d'application de l'article 9-1 du code civil, au besoin à l'initiative du parquet, et en accordant des facilités de preuve en matière de radio et de télévision. Voir: Rapport: ibid.

أولا : أصل البراءة في ضوء قواعد الخصومة الجنائية :

يهيمن أصل البراءة على كافة مراحل الدعوى المختلفة ولا يقتصر إعماله على مرحلة دون أخرى، فهو ينطبق على المشتبه فيهم قبل اتهامهم رسمياً بارتكاب اية جريمة، تمهيداً لتقديمهم للتحقيق والمحاكمة، ويستمر هذا الحق قائماً، إلى ان يتم تأييد حكم الإدانة، وصيرورته باتاً.

ويهدف أصل البراءة في المقام الأول إلى حماية الحرية الشخصية للمتهم عند اتخاذ الإجراءات الجنائية في مواجهته، وذلك بالنظر إليه على انه بريء مما نسب إليه من اتهام. ويجب على السلطة التي تمارس الإجراءات الجنائية، أن تعاملة على هذا الأساس. فلا يجوز لها أن تحيط المتهم بسمات تشير إلى أنه مذنب، أثناء سير الإجراءات، مما يؤثر على حقه في أصل البراءة، وان لا يخضع لمعاملة مهينة، او حاطة من الكرامة، أثناء التحقيق معه، او محاكمته[1]، كما يتطلب ذلك مراعاة الضمان القضائي، فيما يتخذ ضده من إجراءات، وإخضاعه لمحاكمة منصفة بكافة ضماناتها[2].

وليس هذا فحسب ما يقوم به أصل البراءة من دور، وإنما يهيمن هذا الأصل على قواعد تشكيل المحكمة، وقواعد تنظيمها، حيث يفرض هذا الأصل على القاضي أن يدير المحاكمة دون ان يكون له راي مسبق حول إدانة او براءة المتهم الماثل أمامه، ويجب أن يضمن أن يتفق سير المحاكمة مع الالتزام بهذا المبدأ.

ومن مستوجبات حماية أصل البراءة الحرص على ألا يحاط المتهم بسمات تشير إلى انه مذنب أثناء المحاكمة، مما قد يؤثر على أصل البراءة. ومن ذلك وضعه في قفص بقاعة المحاكمة، وتكبيل يديه او قدميه بالأصفاد، او الأغلال، او إرغامه على ارتداء ثياب السجن في قاعة المحكمة.

ويقتضي حماية الحق في أصل البراءة أن يتحاشى القضاة والمحلفون أي تحيز مسبق ضد المتهم. وينطبق هذا أيضاً على جميع الموظفين العموميين الآخرين، ومعنى هذا ان على السلطات العامة، خاصةً النيابة العامة والشرطة، أن تمتنع عن الإدلاء بأية تصريحات عن إدانة، أو براءة المتهم قبل صدور الحكم عليه. كما يعني

---

(1) وهو ما سنتطرق إليه لاحقاً.

(2) أستاذنا الدكتور احمد فتحي سرور، " القانون الجنائي الدستوري "، ط٢٠٠٤، مرجع سابق، ص ٢٩٥.

هذا أيضاً، أن على السلطات منع أجهزة الإعلام الإخبارية أو غيرها من التنظيمات الاجتماعية من التأثير على نتيجة الدعوى بمناقشة حيثياتها علانية[1].

وغني عن البيان، أن المشرع الفرنسي قد سعى إلى التأكيد على دور أصل البراءة في الإجراءات الجنائية، عندما تضمنت الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية - المضافة بقانون تدعيم حماية " قرينة " البراءة - ما يؤكد على ضمانات المحاكمة المنصفة، والضمان القضائي، حيث نصت على أنه " يتعين أن تكون الإجراءات الجنائية عادلة ومنصفة، وأن تحقق فيها المواجهة، وأن تحفظ التوازن بين حقوق الأطراف.كما يجب أن يتضمن الفصل بين السلطات القائمة على الدعوى الجنائية، وتلك المختصة بالمحاكمة[2].

ونصت الفقرة الثالثة منها، على احترام "قرينة" البراءة ذاتها، وحماية كل ما من شأنه المساس بها، من خلال معاقبة من يتسبب في ذلك، أو بتعويض من أصيب بهذا المساس[3]، بالإضافة إلى احتواءها على ضمانات تدعم أصل البراءة في المتهم، وهذه الضمانات تتمثل في: حق المتهم في أن يحاط علماً بكل ما هو منسوب إليه، وبحقه في الاستعانة بمدافع[4]. وأن الإجراءات القسرية التي تتخذ ضد المتهم تكون بواسطة السلطة القضائية، أو تحت رقابتها الفعلية، و أن تكون هذه الإجراءات في أضيق الحدود التي تستلزمها ضروريات الإجراءات[5]، كما يجب أن تكون الإجراءات القسرية التي

---

(1) و الحق في أصل البراءة لا يتعرض للانتهاك إذا أطلعت السلطات الرأي العام على أنباء التحقيقات الجنائية، وذكرت في سياق ذلك اسم المشتبه فيه، أو أعلنت أنها قبضت عليه أو أنه اعترف، طالما لم يقترن هذا بأي تصريح يفيد بأنه مذنب.

(2) Article préliminaire de Code de procédure pénale :(inséré par Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 1 Journal Officiel du 16 juin 2000)" I. - La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties.
" Elle doit garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement".
Voir:Francis CASORLA :"chronique de procédure pénal du 15 Juin 2000 . éseignare,Répurgare et Reclystérisare", op. cit. p.424.

(3) "Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi".

(4) " Elle a le droit d'être informée des charges retenues contre elle et d'être assistée d'un défenseur".

(5) وفي هذا الصدد قالت اللجنة الأمريكية الدولية أن الحق في " قرينة" البراءة المكفول في المادة ٨ /٢ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان تقضي بأن أية قيود تفرض على الحرية الشخصية يجب أن تقتصر على ما تمليه الضرورة القصوى. انظر الفصل ١٥من دليل المحاكمات العادلة الصادر عن منظمة العفو الدولية سابق الإشارة.

تتخذ ضد المتهم متناسقة مع جسامة الجريمة المنسوبة للشخص، وأن لا تتضمن اعتداء على كرامته الإنسانية[1]. ويتعين ان يفصل نهائياً في الاتهام الموجه لهذا الشخص خلال فترة معقولة[2]، مع ضمان الحق لكل شخص حكم عليه في ان يعاد النظر في الحكم الصادر ضده بواسطة قضاء آخر[3]. وهو ما سنبينه لاحقاً

ثانيا : أصل البراءة و قواعد الإثبات الجنائي :

بالقدر الذي يهدف أصل البراءة إلى حماية الحرية الشخصية للمتهم، فإنه يهدف أيضا إلى توفير الحماية للمتهم، فيما يتعلق بإثبات الإدانة، سواء أكان ذلك من ناحية عبء الإثبات، أم من ناحية درجة اليقين المطلوب للحكم بالإدانة[4]، أو من ناحية المستفيد من الشك.

فمن ناحية علاقة أصل البراءة بعبء الإثبات، فإن هذا المبدأ يفرض على سلطة الاتهام، أن تتحمل وحدها عبء إثبات التهمة، ولا تنتظر مساهمة المتهم في ذلك[5].وينبني على ذلك أنه لا يجوز إجبار المتهم على أن يقدم شيء لكي يبرئ نفسه،لأن الأصل فيه البراءة[6].كما أن من حقه التزام الصمت، ولا يجوز أن يتخذ من صمته عنصرا تستند إليه في إدانته، وإلا كان ذلك قلبا لعبء الإثبات[7].

واما من ناحية درجة اليقين المطلوب للحكم بالإدانة، فإن أساسه قائم على أصل

---

(1)Les mesures de contraintes dont cette personne peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire. Elles doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne.

(2)Il doit être définitivement statué sur l'accusation dont cette personne fait l'objet dans un délai raisonnable.

(3)Toute personne condamnée a le droit de faire examiner sa condamnation par une autre juridiction.

راجع أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري"، ط٤، ٢٠٠٦، ص ٢٩٥ و٢٩٦.

(4) الدكتور السيد محمد حسن شريف: " النظرية العامة للإثبات الجنائي "، مرجع سابق ص٤٥٥.

(5) الدكتور عوض محمد عوض : " المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية " ، منشأة المعارف ، ٢٠٠٢ ، ص ٦٦٩ . الدكتور حسن محمد ربيع : " حماية حقوق الإنسان والوسائل المستحدثة للتحقيق الجنائي " ، رسالة دكتوراه جامعة الإسكندرية ، ١٩٨٥ ، ص٥٠١ الدكتور السيد محمد حسن شريف: " النظرية العامة للإثبات الجنائي "، مرجع سابق ص٤٥٥.

(6) الدكتور عمر الفاروق الحسيني : " تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف " ، المطبعة العربية الحديثة ، ١٩٨٦ ، ص٢٥ .

(7) انظر ما سيلي.

البراءة[1]، إذ يفرض هذا المبدأ على قضاة الحكم، أن يكون إسناد الإدانة إلى المتهم مبنياً على الجزم واليقين،لا على الظن والاحتمال[2] وإذا قام شك في إسناد الفعل إلى المتهم، فإنه يجب عليها أن تقضي بالبراءة. وهو ما سنتعرض له لاحقاً.

الفرع الثاني

التمسك بأصل البراءة في مراحل الدعوى الجنائية المختلفة

انتهينا إلى أن أصل البراءة مبدأ قائم ومستمر، طالما لم تتقرر إدانة المتهم بموجب حكم قضائي بات.فهو منتج لآثاره في جميع مراحل الدعوى الجنائية، بل قبل رفع الدعوى، أو تحريكها، بمعنى أنه يسري حتى في مرحلة جمع الاستدلالات[3].

ولكن يثار التساؤل حول قوة، وأهمية المبدأ في كل مرحلة من هذه المراحل، حيث ذهب جانب من الفقه[4] إلى أن للمبدأ قيمة كبرى في مرحلة جمع الاستدلالات بالذات، إلا أنه لم يبرر مسلكه هذا.

ولعل ما دفع هذا الفقه للاعتقاد بأن لأصل البراءة أهمية كبرى في مرحلة جمع الاستدلالات بالذات،كونها النواة الأولى للبحث عن مرتكب الجريمة وجمع شتات الأدلة المثبتة لها وما قد يتطلب ذلك من اتخاذ بعض الإجراءات من قبل مأموري الضبط القضائي ضد العديد ممن يشتبه فيهم، الأمر الذي يلقي بظلال الشك والريبة نحوهم، مما يشكل انتهاكاً لأصل البراءة ومساساً بالحقوق والحريات لهؤلاء الأشخاص، خصوصا إذا أسيء استخدام هذه الإجراءات.

بينما ذهب البعض[5] إلى أن أصل البراءة لا يبدو بكامل قوته في المراحل السابقة

---

(1) الدكتور عبد الرءوف مهدي:"حدود حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته"، مرجع سابق، ١٩٨٣، ص٢٥.

(2) نقض مصري في ٣فبراير ١٩٤٨ ، مجموعة القواعد القانونية س٢٤ ق٣٠ ، ص١٣٠ . ونقض مصري في ٥ يونيه ١٩٦٥ ، مجموعة أحكام النقض ، س١٦ ق١١٦ ص٥٨٠ . ونقض مصري في ٦فبراير ١٩٧٧، مجموعة أحكام النقض ، س٢٨ق٣٩ ، ص١٨٠ .

(3)الدكتور أحمد فتحي سرور:" القانون الجنائي الدستوري"، ط٤، ٢٠٠٦، ص ٢٩٨. الدكتور جميل يوسف قدورة كتكت: " نطاق الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية " ، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ، ١٩٨٦/١٩٨٧ ، ص ٢٢٥ . الدكتور عمر الفاروق الحسيني، مدى تعبير الحكم بالإدانة غير الصادر بالإجماع عن الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي، مرجع سابق، ص٥٤.

(4)الدكتور عمر الفاروق الحسيني للمرجع السابق نفسه، ص٥٥،٥٤ .

(5) الدكتور عبد الرءوف مهدي : " حدود حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته " ، مرجع سابق ، ص ٢٤ والهامش ص ٢٥ .

على مرحلة المحاكمة، وإنما يجد قوته في مرحلة المحاكمة، معتبراً الفترة السابقة على المحاكمة، فترة لا بد فيها من التوازن بين قيم ثلاثة ترتكز عليها فلسفة القانون الجنائي، وهي العدالة، والمصلحة العامة، والأمن. بينما مرحلة المحاكمة، هي الحاسمة في الإبقاء على هذا المبدا او هدمه.

وفي ذات الاتجاه يقول بعض الفقه[1]: إن اصل البراءة يكون بكامل قوته واهميته في مرحلة المحاكمة، ذلك أن المراحل السابقة على المحاكمة، تتلخص مهامها في الأساس على البحث عن الأدلة، وجمعها، وتحضير ملف الدعوى، وليس الفصل فيها، بمعنى آخر استجماع العناصر التي تتيح لقضاء الحكم الفصل فيها، سواء بالإدانة أم البراءة.

وعلى ذلك، فإن التقدير الذي تقوم به سلطة التحقيق الابتدائي، لا يعدو أن يكون تقديراً مبدئياً، ومن ثم ليس ضروريا ان تصل إلى الاقتناع الجازم، بل يحظر عليه ذلك، اي ان تعبر عن رأيها حول إدانة المتهم. ولهذا لا يعتبر قرارها بإحالة المتهم إلى المحاكمة هادماً لأصل البراءة. كما أن الحاجة إلى حماية الحرية الشخصية، تظل قائمة طوال هذه المراحل. اما في مرحلة المحاكمة، فالأمر مختلف، فهي المرحلة المقررة للفصل في موضوع الدعوى، وفيها يتقرر الإبقاء على أصل البراءة، أو هدمها بصدور حكم بالإدانة[2].

و الحقيقة، أن ما قيل بأن أصل البراءة لا يكون بكامل قوته، إلا في مرحلة المحاكمة- ومع تقديرنا لهذا الراي-، إلا أنه -من وجهة نظرنا- يشوبه القصور،ذلك أن هذا الفقه ينطلق في مقولته تلك ، من خلال نظرته لهذا المبدأ على أنه قرينة قانونية بسيطة، وبالتالي لا اثر لهذه القرينة بشكل قوي إلا في مجال إدارة الدليل الجنائي، و لهذا ذهب هذا الراي إلى أن الحاجة لهذه القرينة تكون أقوى في أثناء المحاكمة، أما المرحلة السابقة على المحاكمة، فليس له ذات القوة.

ولكن الأصح -كما قلنا غير مرة-، أن البراءة أصل في الإنسان، ويتمتع بها كل شخص، وبذات القوة، سواء كان مشتبهاً فيه، او كان متهماً بجريمة، اي سواء كان ذلك في مرحلة الاستدلال، ام كان في مرحلة التحقيق الابتدائي، او كان ذلك في

---

(1) الدكتور محمود نجيب حسني : " النظرية العامة للقصد الجنائي " ، دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية ، ط3 ، دار النهضة العربية ، 1988 ، رقم 531، ص501 .
(2) الدكتور السيد محمد حسن شريف: " النظرية العامة للإثبات الجنائي " ، مرجع سابق ص469 .

مرحلة المحاكمة. وليس ذلك فحسب، بل إنه يمكننا القول بأن هذا الأصل، يمتد وبذات القوة ليستفيد منه كل شخص تتخذ ضده الإجراءات التأديبية[1].وهو ما سنوضح في الفرع التالي.

وقد عبرت المحكمة الدستورية العليا في مصر عن ذلك بقولها :إن " أصل البراءة يمتد إلى كل فرد سواء أكان مشتبها فيه، أو متهماًباعتبارها قاعدة أساسية في النظام الاتهامي أقرتها الشرائع جميعها.."[2]

الفرع الثالث

دور أصل البراءة خارج نطاق القانون الجنائي

تفرض التطورات المعاصرة أن يكون هناك دور حديث لأصل البراءة، يتجاوز المجال الجنائي التقليدي القائم على أساس أن كل شخص تقام ضده الدعوى الجنائية بصفته فاعلاً أو شريكاً فيها يعد بريئا، حتى تثبت إدانته بحكم بات، ليشمل أولئك الأشخاص الذين يواجهون اتهامات من شأنها أن تؤدي إلى توقيع جزاءات عليهم لارتكابهم بعض الوقائع التي تتخذ بشأنها جزاءات إدارية، أو تأديبية[3].

وقد أثير هذا الدور في إحدى القضايا الهامة التي طرحت للمناقشة في فرنسا، والمتعلقة بقضاء الجمعية العمومية لمحكمة النقض الفرنسية في ٥ فبراير ١٩٩٩ بمناسبة الطعن في حكم محكمة استئناف باريس الصادر في ٧ مايو ١٩٩٧[4]. وتتمثل وقائع القضية في قيام " لجنة عمليات سوق الأوراق المالية" " البورصة " la Commission des opérations de bourse (la COB) "في ٢٠ يونيو ١٩٩٤باتخاذ الإجراءات التي تستهدف توقيع الجزاء على السيد "Jean Marc Oury " رئيس مجلس إدارة

---

(1) وقد ذهبت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في أحد أحكامها إلى القول بأن أصل البراءة يمكن أن يتمسك به كل شخص توجه له أحد أجهزة الدولة اتهاما ، وبالتالي لا ينحصر أصل البراءة في إجراءات الخصومة الجنائية حين تتحرك الدعوى الجنائية بل ينعكس أيضا على إجراءات الاستدلال وإجراءات المحاكمة التأديبية.انظر : دليل المحاكمات العدالة مرجع سابق.

(2) انظر : حكم للمحكمة الدستورية العليا في مصر، جلسة ٢ فبراير سنة ١٩٩٥ ، في القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية " دستورية"، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، الجزء السابع ، ص ٦٧ .

(3) انظر، أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور،" القانون الجنائي الدستوري"، ط٤، ٢٠٠٦، ص ٢٩٠. الدكتور أسامة أبو الحسن مجاهد، " الحماية المدنية للحق في قرينة البراءة "، مرجع سابق، ص ٧٩.

(4)N° Y 97-16.440 Assemblée Plénière du 29 janvier 1999 le président de la COB C/ M. Oury et 2°) N° Z 97-16.441 le président de la COB C/ M. Oury M. Métivet, rapporteur note question soumise mise a l'assemblée plénier : http://www.courdecassation.fr/moteur/532/note2532.htm

الشركة العقارية فينيكس "la Compagnie immobilière Phénix (CIP)"، باعتبارها احد فروعها،حيث فُصل المذكور من الشركة، وذلك على خلفية تحقيق أجريَ معه بشأن النشرة المالية التي وزعتها الشركة، حيث وجدت لجنة عمليات سوق الأوراق المالية ان النشرة المالية في احد فروعها كانت غير دقيقة ومضللة " inexacte ou trompeuse " فعاقبت السيد Oury بجزاء مالي قدره ٥٠٠ الف فرنك" لارتكابه جريمة " تقديم معلومات للجمهور غير دقيقة ومضللة او كاذبة"، وفقاً لنص المادة الثالثة من القانون الداخلي. فطعن هذا الأخير في القرار الصادر بإدانته أمام محكمة الاستئناف، فالغت الحكم.وقد استند السيد Oury في دعواه أمام محكمة استئناف باريس بصفة خاصة إلى ما حدث له من اعتداء على "قرينة" البراءةالمنصوص عليها في المادة ٦/٢ من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، كون رئيس لجنة عمليات البورصة قد أدانه بتهمة مخالفة الالتزام بإدلاء معلومات دقيقة للجمهور، قبل أن يصدر فيه حكم من المحكمة بذلك، وذلك عندما تحدث رئيس البورصة إلى " صحيفة الحياة الفرنسية " عن الألاعيب المحاسبية للشركة(CIP)"[١].

وقد طعنت لجنة عمليات البورصة في هذا الحكم أمام محكمة النقض وكان الطعن المرفوع من لجنة عمليات البورصة يأخذ على الحكم محل الطعن أنه ألغى قرارها الذي اتخذته الجمعية في ١٢ سبتمبر ١٩٩٦ ضد السيد Oury في حين يتضح من مدونات الحكم، أن تصريحات رئيس لجنة عمليات البورصة المنشورة في صحيفة الحياة الفرنسية "La Vie Française" في الفترة من ٦-١٢ اغسطس ١٩٩٥ كانت سابقة على إجراءات توقيع الجزاء، وانها لم تذكر اسم السيد Oury، ولم تحل إلى جريمة محددة بل تشير فقط إلى الألاعيب المحاسبية للشركة العقارية"[٢]

وإن مثل هذه التصريحات لا تشكل انتهاكاً "لقرينة" البراءة،كون التصريحات لم تقصد صراحة العمليات التي كانت محلاً للجزاء،كما أن من صدرت عنه قد انتهت مهامه الوظيفية قبل اتخاذ الإجراءات، وبذلك تكون محكمة الاستئناف قد اخطأت في تطبيق نص المادة ٦/٢ من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان"[٣].

وقد ردت محكمة النقض الفرنسية على ذلك، بأن الحكم المستأنف قد بين أن

([١])Ducouloux-Favard Claude: " La commission des opérations de bourse et les droits de l'homme - Note sous Cour de cassation, 5 février 1999", LPA , 1999, N.29, P.14 et s.
([٢])Les Acrobaties comptables de l'immobilière Phénix où des hôtels sont passés, à des prix gonflés, de filiale en filiale, comme un mistigri."
([٣]) وقد اشرنا سابقاً إلى نص المادة ٦/٢ من الاتفاقية الأوربية.

احد اعضاء اللجنة "وهو مقرر اللجنة" قد باشر التحقيق في الوقائع بالمشاركة مع بعض الإدارات الأخرى، ومن ثم تكون محكمة الاستئناف قد اصابت صحيح القانون عندما قررت، انه لا يجوز له الاشتراك في المداولات التي صدر القرار بناء عليها، وهو سبب كاف ليقوم عليه حكمها، ولهذا السبب قضت المحكمة برفض الطعن(1).

وكانت محكمة الاستئناف قد ذكرت في حكمها، ان ما تتضمنه المادة السادسة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، يطبق على الجزاءات المالية المنصوص عليها بالمادة ٩-٢ من مرسوم ٢٨ سبتمبر١٩٦٧(٢) ، وعلى الرغم من طبيعته الإدارية، فإنه يستهدف -كما هو الحال في المسائل الجنائية- معاقبة مرتكبي الأفعال التي تخالف القواعد العامة التي تضعها لوائح اللجنة، وردع الآخرين عن الانغماس في مثل تلك الأفعال، وذلك من خلال النص على جزاءات مالية باهظة ونشرها على الجمهور(٣).

وقد حسمت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان مناقشة هذا الموضوع، حينما قضت بأن فكرة " الاتهام في المسائل الجنائية، لا يجب ان يفهم بمعنى شكلي، وإنما بمعنى موضوعي، يرتكز على الطابع العقابي، وعلى صفة العمومية في القاعدة والغرضين " القامع والمانع " للجزاء، وهو ما يكفي لإضفاء الطابع الجنائي على المخالفة في مفهوم المادة السادسة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان(٤).

---

(١)وإذا كانت محكمة النقض الفرنسية لم ترد صراحة بما ورد في الطعن بشان أصل البراءة،فإن ذلك لا يعني عدم التعويل عليه، ولكنها اكتفت بسبب واحد رأته كافياً لتاييد حكم محكمة الاستئناف

(٢) وقد تم إلغاء المادة المذكورة بموجب المادة ٤ في المرسوم الصادر في ١٤ ديسمبر ٢٠٠٠

ولمراجعة النص السابق انظر موقع التشريعات الفرنسية على شبكة الانترنت في الموقع التالي:
http://www.legifrance.gouv.fr/textes/html/fic196709280833.htm

وبالنسبة للمرسوم الذي ألغى المادة ٩-٢ بموجب المادة ٤ من مرسوم ١٤ /١٢/٢٠٠٠ فيمكن الرجوع إليه عبر الموقع التالي: http://www.adminet.com/jo/20001216/ html

(٣)"les prescriptions de l'article 6 de la Convention s'appliquent aux sanctions pécuniaires de l'article 9-2 de l'ordonnance du 28 septembre 1967 qui, bien que de nature administrative, visent comme en matière pénale par leur montant élevé et la publicité qui leur est donnée, à punir les auteurs de faits contraires aux normes générales édictées par les règlements de la Commission et à dissuader les opérateurs de se livrer à de telles pratiques."
rapport de M. METIVET, Conseiller rapporteur ,ibid.
Voir aussi :Ducouloux-Favard Claude: " La commission des opérations de bourse et les droits de l'homme- Note sous Cour de cassation,5 février 1999",op. cit. P.16.

(٤) la jurisprudence de la Cour européenne, qui décide que la notion "d'accusation en matière pénale" doit être entendue dans un sens matériel et non formel et qui se fonde sur le "caractère punitif", "l'effet dissuasif" et "sur le caractère général de la norme et le but, à la fois préventif et répressif de la sanction (qui) suffisent à établir, au regard de l'article 6 de la Convention, la nature pénale de l'infraction..." (Cf. M.C. Piniot, RJDA 5/96, p. 438, n° 8 à 11 et la jurisprudence citée).

والجدير بالذكر، ان الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية، أيدت قضاء محكمة استئناف باريس في ٩ ابريل عام ١٩٩٦، عندما طبقت فكرة الطابع الجنائي "matière pénale" على الجزاءات التي توقعها لجنة عمليات البورصة[١].

ومن اللازم ذكره، ان تقرير المستشار المقرر، ومذكرة المحامي العام، قد جاء فيهما " بأن الصفة العقابية والزاجرة للجزاءات المالية التي يجوز للجنة عمليات البورصة ان توقعها بسبب مخالفة لوائحها الإدارية، تستوجب -كما هو الحال في المسائل الجنائية- احترام هذه الجهة الإدارية لأصل البراءة، حيث ان هذا الأصل يقتضي " عدم السماح لأي شخص ممثل للدولة او للسلطة العامة ان يعلن ان شخصا مذنبا بجريمة قبل ان يثبت جرمه بالطريق التي رسمها القانون"[٢].

وكانت محكمة الاستئناف، قد اوضحت في حكمها ان تصريحات رئيس لجنة البورصة في الصحيفة تتعلق حقاً بوقائع منسوبة للسيد Oury مدير شركة(CIP) حين تضمنت انه قدم معلومات غير صحيحة، وغير دقيقة ومضللة، ومن ثم فقد قررت المحكمة في النهاية -بالاستناد إلى نص المادة ٦/٢ من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، والمادة ٩ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي إلى انه لا عبرة بأن من صدرت عنه هذه التصريحات قد انتهت مهامه الوظيفيةexpiration du mandat قبل توجيه الاتهام وإعلان الجزاء، او بأنه لم يشارك في اتخاذ القرار العقابي ، طالما ان احترام " قرينة" البراءة، يتطلب " عدم السماح لأي من ممثلي الدولة او السلطة العامة ان يعلن ان شخصاً مذنباً بجريمة قبل ان يثبت جرمه بالطريقة التي رسمها القانون"[٣].

وما يهم بشان احترام أصل البراءة ، بغض النظر عن مسألة تاريخ مشاركة

---

(١) Comm. 9 avril 1996, Bull. n° 115 (3°) وللؤيد لحكم استئناف باريس :
Paris 12 janvier 1994, affaire Métrologie internationale, RJDA 11/94, n° 1150
راجع هذا الحكم تفصيلا بموقع محكمة النقض الفرنسية على الموقع التالي في شبكة الانترنت :
http://www.courdecassation.fr/moteur/491/concl491.htm
rapport de M. METIVET, Conseiller rapporteur ,ibid.

(٢) le caractère punitif et dissuasif des sanctions pécuniaires susceptibles d'être infligées par la COB pour manquements à ses règlements justifie, comme en matière pénale, le respect par l'autorité de sanction de la présomption d'innocence dont bénéficie la personne poursuivie.
du rapport de M. METIVET, Conseiller rapporteur, ibid.
و انظر: Ducouloux-Favard Claude: ibid.

(٣)"qu'aucun représentant de l'Etat ou autorité publique ne déclare une personne coupable d'une infraction avant que sa culpabilité ne soit légalement établie".

رئيس اللجنة في هذا الإجراء، أو ذاك ، هو انه لا يجوز وصف الشخص المعني علانية بانه مذنب بوقائع تؤخذ عليه قبل ان يعلن القضاء المختص بذلك، ولا يهم كثيراً إذا ما كان صاحب التصريحات محل المؤاخذة، لم يشارك في إصدار القرار، ولا في سلسلة الإجراءات السابقة عليه ، إنما المهم عكس ذلك، وهو أن يؤخذ في الاعتبار ان التصريحات التي صدرت علانية من رئيس لجنة عمليات البورصة والصادرة عنه بصفته هذه، هي تصريحات ملزمة للجنة بالكامل ، وانها تضمنت " حكماً مسبقاً " ضد شخص اتخذت ذات اللجنة فيما بعد قراراً بمجازاته عن نفس الوقائع ، ومن ثم فإنها تمثل اعتداء على "قرينة" البراءة[1]

ونخلص من هذا الحكم الهام إلى القول: إن أصل البراءة يتسع دوره ليتجاوز المجال الجنائي التقليدي لحماية المتهم بجريمة جنائية، فالاعتداء على أصل البراءة، يتحقق ايضا، إذا وصف الشخص بانه مذنب، بوقائع يغلب على الجزاء الموقع بسببها الطابع الإداري، أو التاديبي، طالما تم ذلك قبل إدانته بقرار، أو حكم بات. وإن احترام أصل البراءة، يفرض واجبا على عاتق السلطة التاديبية، بعدم الإدلاء بما يعد قضاء مسبقا بشان الوقائع التي تتم المحاكمة بشانها.

فكل شخص يتهم بارتكاب جريمة، وتتخذ ضده الإجراءات، أيا كان مصدرها، سواء جهة القضاء الجنائي العادي، أو جهة إدارية، أو تاديبية، يجب أن ينظر إليه على

---

(1)Il importe peu, dès lors que l'auteur des propos reprochables n'ait pas participé au jugement, ni même au déroulement de la procédure. Ce qu'il importe, en revanche, de considérer c'est que les propos tenus publiquement par le président de la COB, s'exprimant en cette qualité, engagent la Commission toute entière et que s'ils emportent un "préjugé" contre une personne faisant par la suite l'objet, pour les mêmes faits, d'une sanction prononcée par cette même Commission, ils portent atteinte à la présomption d'innocence.

وهو ذات المعنى الذي يمكن استخلاصه من قضاء المحكمة الأوربية ايضاً في الدعوى المرفوعة من السيد Allenet de Ribemont (CEDH, 10 février 1995) إذ اعتبرت أن هناك مخالفة للمادة ٢/٦ من الاتفاقية طالما ان بعض كبار المسئولين في الشرطة قد وصفوا المذكور بانه مساهم في جريمة قتل عمداً ، وهو ما يعني الإعلان بصورة واضحة انه مذنب الأمر الذي من شانه ان يدفع العامة للاعتقاد في ذلك ، كما يمثل من ناحية اخرى قضاء مسبقاً

"que certains des plus hauts responsables de la police avaient désigné M. de Ribemont comme complice d'un assassinat, (s'agissant là), à l'évidence d'une déclaration de culpabilité qui, d'une part incitait le public à croire en celle-ci et de l'autre, préjugeait de l'appréciation des faits par les juges compétents".

CIV.1. - 12 janvier 1999.REJET N° 96-20.275. - C.A. Paris, 10 juin 1996. - Société Daniel Aguettaz c/ époux Hermant et a. M. Lemontey, Pt. - M. Sargos, Rap. - M. Roehrich, Av. Gén. - M. Capron, la SCP Boré et Xavier, Av.

انه بريء، حتى يقول القضاء كلمته الفصل بحكم بات صادر بالإدانة، اما قبل ذلك فلا يصح معاملته على انه مدان، وبالتالي لا يجوز الإدلاء بمعلومات توحي لسامعيها بان هذا الشخص مذنب، واي اعتداء على اصل البراءة، يعطي الحق لمن وقع عليه هذا الاعتداء، ان يطالب بمعاقبة الجهة المسئولة عن هذا الاعتداء، وتعويضه عما لحقه من اضرار.

وغني عن البيان ان اصل البراءة يؤدي دوره ايضاً في مجال القانون المدني ، فيتمتع كل شخص بالحق في اصل البراءة في مواجهة وسائل الإعلام المختلفة، حينما تشير بوضوح إلى ان شخص ما يعتقد انه مدان بارتكاب جريمة ما قبل، أن ينقض هذا الأصل بحكم قضائي بات[1]. ومن حقه أن يطالب بمعاقبة من يمس بحقه في أصل البراءة حال انتهاك هذا الأصل[2]. وهو ما سنوضحه لاحقاً.

المطلب الثالث
النطاق الشخصي لأصل البراءة

سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول المستفيد من أصل البراءة. وفي الفرع الثاني: نتناول لحظة انقضاء أصل البراءة.

---

(1) وهذا الاتجاه هو الذي سارع المشرع الفرنسي إلى تأكيده بموجب المادة ٩-١ من التقنين المدني، حيث اعتبر الاعتداء على اصل البراءة قائم باجتماع ثلاثة شروط وهي وصف الشخص بانه مذنب جنائيا وان يتم ذلك باستخدام وسائل الإعلام . وان يكون هذا الشخص محلا لإجراءات جنائية. وهو ما سنوضحه لاحقاً.

Hélène BUREAU: La présomption d'innocence devant le juge civil, Cinq ans de l'application de l'article 9-1 du code civil.JCP éd.G.N° 40– 30 Septembre 1998.p1696.

(2) انظر على سبيل المثال الفقرة الثالثة من المادة التمهيدية من قانون الإجراءات الجنائية المضافة بموجب قانون ١٥ يونيه ٢٠٠٠ :

III. - Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi.
Elle a le droit d'être informée des charges retenues contre elle et d'être assistée d'un défenseur.

الفرع الأول

المستفيد من أصل البراءة

الحق في اصل البراءة يستفيد منه كل شخص وضع موضع الشبهة والاتهام بارتكاب جريمة ما- خلافا لما نادت به المدرسة الوضعية[1] -، حيث يستوي في ذلك ان يكون الشخص المتهم مجهول الحال، ام كان من ذوي السوابق الجنائية،فالإدانة السابقة أو الخطورة الإجرامية لدى الشخص، وإن كانت لها أهمية ما، فإن هذه الأهمية إنما تأتي عقب ثبوت الإدانة، وتوقيع الجزاء الجنائي، أما قبل ذلك، فلا اهمية لها فيما يتعلق باستفادة المتهم من أصل البراءة، والقول بغير ذلك - فضلا عن افتقاره للسند القانوني - معناه إفراغ أصل البراءة من مضمونه ويشكل تهديدا خطيراً للحرية الشخصية[2].

وفضلاً عما تقدم، لا تتوقف استفادة جميع المتهمين من أصل البراءة على جسامة الجريمة المرتكبة.كما لا تتوقف على مدى قوة الأدلة المتوافرة ضده[3].

صحيح أن العدالة السريعة ، والناجزة ضد صور الإجرام الخطيرة؛ مثل الهجوم بالسلاح، بيد ان ذلك لا يعني التضحية بأصل البراءة[4] الذي يقتضي، أن كل متهم بجريمة مهما كانت جسامته، يجب معاملته بوصفه شخصاً بريئا، حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات.

وقد أكدت العديد من أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر على أن أصل البراءة يستفيد منه جميع الأشخاص، أي كان مركزه القانوني، وأي كانت جسامة الجريمة . وفي هذا الصدد قضت بأن : " أصل البراءة مفترض في كل متهم ، فلا يجوز أن يهدم إلا بدليل جازم مستنبط من عيون الأوراق وبموازين الحق ، وعن بصر وبصيرة ، وأن أصل البراءة يتصل بالتهمة الجنائية من ناحية إثباتها ، ولا يتعلق

---

(1) سوف نتطرق لذلك حال تناولنا تقدير هذا المبدأ لاحقاً.

(2) انظر، استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور، " القانون الجنائي الدستوري "ط٣ ٢٠٠٦، مرجع سابق، ص ٢٩٧. الدكتور محمد زكي ابو عامر، " الإثبات في المواد الجنائية "، مرجع سابق، ص٣٩. الدكتور السيد محمد حسن شريف، " النظرية العامة للإثبات الجنائي " ، مرجع سابق ص٤٦٥ .

(3) الدكتور محمد زكي ابو عامر، " الإثبات في المواد الجنائية " ، مرجع سابق ، ص٣٩

(4) الدكتور السيد محمد حسن شريف، المرجع السابق ص٤٦٧ .

بطبيعة او خطورة الجريمة موضوعها ، ولا بنوع او قدر عقوبتها ، وهذا الأصل ينبسط على الدعوى الجنائية حتى خلال المراحل التي تسبقها وتؤثر فيها[1].

كما قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بعدم دستورية نص المادة ٤٨ مكرر، من القانون رقم ١٨٢، لسنة ١٩٦٠، في شأن مكافحة المخدرات، وتنظيم استعمالها، والاتجار فيها،والمعدل بالقانونين، رقمي ٤٠، لسنة ١٩٦٦، و١٢٢، لسنة١٩٨٩، بقولها: " إن ما قرره النص المطعون فيه، من اتخاذ أحد التدابير، التي حددها في شأن الأشخاص، الذين حكم عليهم أكثر من مرة في جناية،مما نص عليه القانون رقم١٨٢، لسنة١٩٦٠، في شأن مكافحة المخدرات، وتنظيم استعمالها- ولو لم تتعلق هذه الجناية بالمواد المخدرة، بل كانت تعديا على رجال السلطة العامة، القائمين على تنفيذ أحكام هذا القانون- مؤداه أن المشرع قدر بالنص المطعون فيه، أن ثمة خطورة تنجم عن سوابق المتهم، التي تمثلها جرائم ارتكبها من قبل، وأدين بها، واكتمل القصاص في شأنها، وأن هذه الخطورة - التي لا تزيد عن أن تكون احتمالا لأن ينزلق مستقبلا في جريمة غير معينة - ينبغي التحوط لها، صونا لمصالح الجماعة، باتخاذ تدابير بعينها، تنال من حريته الشخصية. وكانت الجريمة المحتملة التي لم يرتكبها المتهم بعد، هي التي أراد المشرع توقيعها، من خلال التدابير التي نص عليها، وكان ذلك من المشرع؛ إحداثا لحالة إجرامية افترضها، وكان لا دليل على قيام علاقة حتمية بين انغماس الشخص في جرائم سابقة، وبين ترديه في حمأتها، والعودة إليها من جديد، وكان مما يناقض افتراض البراءة، أن يدان الشخص - لا عن جريمة أتاها وتتحدد عقوبتها بالنظر إلى جسامتها- بل بناء على محض افتراض بالإيغال في الإجرام، لا يرتد المذنبون عنه أبداً، منصرفون يبغونها عوجا، وكان لا يجوز- وفقا للدستور- أن يتعلق التجريم، بخطورة أحدثها المشرع، ولو في نفس قابلة لها، ولا يتسم باليقين، تعلقها بشخص معين، بل تقوم في بنيانها على، أن الجرائم التي ارتكبها من قبل، هي التي تشهد بحاضره، وينبغي أن تكون محددة مستقبلا لخطاه، وكان القول بأن مواجهة النزعة الإجرامية الكامنة فيمن حكم عليه أكثر من مرة،لازمها اتخاذ تدابير تتوقاها، وترد سوأتها الإجرامية - مردود بأن محكمة الموضوع يكفيها أن تقدر بمناسبة الجريمة الأخيرة التي ارتكبها، جزاءها الملائم، آخذة في اعتبارها سجله الإجرامي، وكان لا

---

(1) القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية " دستورية " جلسة ٥ يوليو سنة ١٩٩٧ الجريدة الرسمية العدد رقم ٢٩ بتاريخ ١٩٩٧/٧/١٩.

ينبغي أن يقرر المشرع - بالنص المطعون فيه - عقابا أكثر من مرة، عن فعل واحد، بعد أن اكتمل القصاص في شأن الجرائم السابقة جميعها،ودونما جريمة جديدة يدعي وقوعها".(1)

الفرع الثاني

نقض أصل البراءة

يثار التساؤل بشأن اللحظة التي يمكن نقض أصل البراءة فيها، بحيث يصبح الشخص مداناً بشكل قاطع؟ فهل يكون ذلك بمجرد صدور حكم محكمة الدرجة الأولى ؟ أم انه يظل قائما أثناء تقديم الطعن في هذا الحكم ؟ وأي درجة من درجات الحكم يمكن نقضه؟

وقد اختلف الفقه في الإجابة عن تلك التساؤلات، حيث ذهب البعض(2) إلى انه بمجرد صدور حكم بالإدانة من محكمة الدرجة الأولى، فإن ذلك كاف لنقض أصل البراءة.

بيد ان هناك اتجاهاً آخر(3) وهو الاتجاه الغالب - والأجدر بالتأييد- يرى ان أصل البراءة يظل قائماً، على الرغم من صدور حكم محكمة الدرجة الأولى بالإدانة، ولا يدحض هذا الأصل سوى الحكم البات الصادر بالإدانة، ولا يوصف الحكم بأنه بات، ما لم يكن قد استنفد طرق الطعن العادية وغير العادية المقررة قانونا.

والعلة في القول بأن هذا الحكم وحده هو الذي ينقض أصل البراءة، لأنه هو وحده الذي يحوز قوة إنهاء الدعوى الجنائية، في حين لا يحوزها الحكم غير البات(4).

وهذا الوضع هو ما نص عليه الدستور اليمني في المادة ٤٧ ".. كل متهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات.." وهو عين ما أكدته المحكمة الدستورية العليا

---

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٥ يونيه سنة ١٩٩٢ في القضية رقم ٤٩ لسنة١٧ قضائية "دستورية"، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا جـ٧ المجلد الأول، ص ٧٦٠، ٧٦١.

(2)voir: Mohammed.J.Essaid, la présomption d'innocence, op. Cit. p.51.

(3)انظر في ذلك: الدكتور محمود نجيب حسني" شرح قانون الإجراءات الجنائية،القاهرة ،١٩٨٢، ص٩١٥،الفقرة١٠٤٢. الدكتور عمر الفاروق الحسيني، مدى تعبير الحكم بالإدانة غير الصادر بالإجماع عن الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي، مرجع سابق، ص٥٦. الدكتور السيد محمد حسن شريف" النظرية العامة للإثبات الجنائي" ، مرجع سابق، ص٤٧.

(4) انظر: الدكتور محمود نجيب حسني" المرجع السابق نفسه، ص٩١٥.الدكتور عمر الفاروق الحسيني، المرجع السابق نفسه، ص٥٦. الدكتور السيد محمد حسن شريف، المرجع السابق نفسه ص٤٧.

في مصر كما ذكرنا سابقاً.

ولكن هناك تساؤل آخر في حالة الطعن بإعادة النظر[1]، فهل يعود أصل البراءة بعد نقضه؟

والواقع أن الفقه لم يتفق بشأن هذا الأمر، فهناك من يرى[2] أن أصل البراءة لا يعود للعمل.إذا ما طعن في الحكم بطريق إعادة النظر، وبالتالي، فإن المحكوم عليه الذي تقرر إعادة نظر دعواه، عند قبول الطعن يتحمل وحده عبء إثبات براءته. ويفهم من هذا الرأي، أن الطاعن بإعادة النظر لا يتمتع بأصل البراءة.

وهناك اتجاه آخر يرى[3]، أن أصل البراءة يعود للعمل إلى جانب المحكوم عليه إذا ما تقرر إعادة نظر دعواه، بما يترتب على ذلك من توزيع عبء الإثبات.

وذهب رأي آخر[4] إلى أنه من الصعب وضع قاعدة عامة بهذا الشأن، فالأمر يختلف بحسب الأسباب والمبررات التي من أجلها تقرر إعادة النظر، فإذا كان طريق إعادة النظر طريقاً غير عادي للطعن في الأحكام التي سبق وأن أنهت الدعوى الجنائية بثبوت إدانة المتهم والحكم عليه، فإنه من الصعب القول بأن أصل البراءة يعود إليه مرة أخرى، على الرغم من اتجاه محكمة النقض الفرنسية نحو التوسع في صلاحياتها وعدم التقيد بالسبب الذي ذكره الطاعن.

ولذلك- وفقاً لهذا الرأي[5]- يتعين التفرقة بين مجرد قبول الطعن، وبدء تحقيقه، وبين قبوله موضوعاً والتصرف فيه على هذا الأساس. فمجرد تحقق الطعن لا يعني استجابة المحكمة لما ورد فيه، ومن ثم، فإن أثر الحكم المطعون عليه، يبقى قائماً خلال هذه المرحلة، مما مفاده استمرار النظر إلى المحكوم عليه على أنه مدان

---

(1) ويعد الطعن بإعادة النظر أحد طرق الطعن الاستثنائية في الأحكام الجنائية الباتة الصادرة بالإدانة في حالات حددها الشرع على سبيل الحصر وبشروط معينة بهدف إعادة نظرها لإصلاح ما بها من أخطاء موضوعية تتعلق بماديات أو وقائع الدعوى . انظر تفصيلاً: الدكتور محمد حنفي محمود محمد: " إعادة النظر في الأحكام الجنائية في القانون الفرنسي والتشريعات العربية"، الطبعة الأولى ٢٠٠٤، دار النهضة العربية بالقاهرة ومكتبة دار الحقوق بالشارقة، ص٢٨.

(2) الدكتور محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص٤٠.

(3) Mohamed.J.Essaid : la présomption d'innocence op. cit., p85

(4) الدكتور عمر الفاروق الحسيني، مدى تعبير الحكم بالإدانة غير الصادر بالإجماع عن الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي، مرجع سابق، ص٥٧ .

(5) انظر، الدكتور عمر الفاروق الحسيني المرجع السابق نفسه ، ص٥٧ .

فإذا قُبل الطعن موضوعا، وأُلغي حكم الإدانة عاد إليه أصل البراءة من جديد.

ويستدرك هذا الرأي[1] بقوله : ومع ذلك، فهناك أحوال أجاز فيها القانون إعادة النظر، فعلى سبيل المثال: إذا حكم على المتهم في جريمة قتل، ثم ظهر المدعى قتله حيا، أو صدر حكم على شخص آخر من أجل واقعة ما، ثم صدر حكم على شخص آخر، من أجل الواقعة عينها، وكان بين الحكمين تناقض، بحيث يستنتج منه براءة أحد المحكوم عليهما (المادة " ٤٤١ إجراءات جنائية مصري والمادة "٤٥٧ " إجراءات جزائية يمني) ففي هاتين الحالتين - مثلا-لا نستطيع القول بأن أصل البراءة قد هدم. بل إن ظهور مثل هذه الأسباب الواضحة، من شأنها أن تهدم من الناحية الفعلية حجية حكم الإدانة، وإن كان الأمر يتطلب إلى حكم بإلغائه، حتى يكون هدم هذه الحجية قد حصل من الناحية القانونية أيضا.

والظاهر لدينا، أن الرأي القائل بأن أصل البراءة يعود إلى جانب المحكوم عليه، إذا ما تقرر إعادة النظر، هو الرأي الجدير بالتأييد، وذلك لأن البراءة في الأساس هي الأصل، وأن الإدانة هي الاستثناء، فإذا جد جديد عادت البراءة لصاحبها، حتى ينجلي الأمر أمام سلطة القضاء بتأكيد الإدانة، أو بعودة الأصل، وهو البراءة ، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى -وكما ذكرنا آنفا-، فإن كلاً من المشرعين المصري، واليمني، قد وضعا حالات يجوز فيها طلب إعادة النظر، وهذا يعطينا دلالة على أن هناك إمكانية للخطأ، ولذلك يقتضي أن نعمل بالأصل وهو البراءة. وبالتالي توقيف العمل بالحكم لحين الفصل فيه، ومن ثم عودة الشخص المحكوم عليه إلى مركز المتهم، ولذلك فقد جاء في المادة ٤٤٦ من قانون الإجراءات الجنائية المصري بأن: " تفصل محكمة النقض في الطلب،بعد سماع أقوال النيابة العامة، والخصوم، وبعد إجراء ما تراه لازما من التحقيق بنفسها، أو بواسطة من تندبه لذلك، فإذا رأت قبول الطلب، تحكم بإلغاء الحكم وتقضي ببراءة المتهم إذا كانت البراءة ظاهرة".

ويلاحظ في هذا النص، أن المشرع المصري قد استعمل لفظ المتهم وليس المحكوم عليه أو الطاعن، ومن ثم، فكأن البراءة الظاهرة من سبب الطعن، أعادت الطاعن في نظر المشرع من مركز المحكوم عليه إلى مركز المتهم الذي يتمتع بأصل البراءة.

---

(1) الدكتور عمر الفاروق الحسيني المرجع السابق نفسه ، ص٥٧ .

المبحث الثالث

تقدير أصل البراءة

تمهيد وتقسيم:

على الرغم من ان اصل البراءة اصبح من المبادئ المسلم بها، إلا انه لم يسلم من النقد، قديما، وحديثا.

ولعل أبرز المناهضين لهذا المبدأ - قديماً- انصار المدرسة الوضعية الإيطالية[1]. وهناك آخرين- حديثاً- حاولوا انتقاد هذا المبدأ، والتقليل من شأنه، وذلك من خلال التشكيك فيه ومحاولة قطع الصلة بينه وبين نتائجه.

وعلى ضوء ذلك، سوف نناقش موقف أنصار المدرسة الوضعية الناقد لأصل البراءة، والرد عليها وذلك في مطلب أول، وفي المطلب الثاني: نتطرق لموقف الفقه الحديث الذي قلل من شأن المبدأ، والرد عليهم.

المطلب الأول

مذهب المدرسة الوضعية المنتقد للمبدأ والرد عليها

تمهيد وتقسيم:

بداية يمكن إيجاز فكر المدرسة الوضعية الإيطالية L'école positiviste l'Italien التي تأسست على يد مفكريها الثلاثة: " لومبروزو Lombroso" و" انريكو فري Enrico Ferri" و" جاروفالو Garofalo"، حيث ترتكز فلسفتها على الاهتمام بالمجرم، ورفض فكرة حرية الاختيار، واعتبار الجريمة حدثاً ناتجاً عن عدة عوامل عضوية ونفسية واجتماعية، وانه ينبغي ألا تقتصر العدالة الجنائية على الخطأ وحده، وفرض الجزاء القانوني على الجاني،وإنما ينبغي حماية المجتمع من الجريمة،وذلك باتخاذ إجراءات الدفاع الاجتماعي ضد طوائف المجرمين،الذين تم تصنيفهم إلى مجرمين بالميلاد،ومجرمين بالعادة،ومجرمين مجانين ، ومجرمين

---

(1)Jean Pradel:" Procédure pénale", Cujas Edition. 1976, p.347.

بالصدفة . ومجرمين بالعاطفة. وغير ذلك من الأفكار التي نادى بها هؤلاء[1].

وكان للأفكار التي نادى بها هؤلاء الفلاسفة، انعكاساتها على اصل البراءة.

ولذلك سوف نعرض لموقفهم من هذا المبدا في فرع أول. وفي الفرع الثاني نتناول الرد عليها .وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول

أوجه النقد الموجه لأصل البراءة

من حيث المبدأ، يعترف فقيه المدرسة الوضعية الإيطالية " Enrico Ferri"[2]، بأن " قرينة البراءة" لها سند واقعي، مستمد من ضرورة اعتبار كل مواطن شريفاً، حتى يثبت العكس. فالمجرمون لا يمثلون سوى أقلية بالقارنة بالمجموع الكلي للشرفاء. بيد أن هذا المبدأ إن كان مقبولاً بالنسبة للمجرم بالصدفة، أو بالعاطفة ، فإنه مرفوض بالنسبة لمن لديهم ميل إلى الإجرام، أو العائدين، أو ممن يتخذون الجريمة حرفة لهم. فهؤلاء يشكلون خطراً على المجتمع ولا جدوى من معاملتهم على انهم أبرياء.

وهو بذلك يوجه انتقاداً لفقيه المدرسة التقليدية "بكاريا"؛ لاهتمامه بالجريمة دون المجرم. وأنه لم يفرق بين طوائف المجرمين، وطبق " قرينة البراءة" على الجميع دون تمييز، الأمر الذي من شأنه أن يؤدي في تطبيق هذا المبدأ إلى نتائج مبالغ فيها، لأنه يؤدي إلى منح المجرمين نوعا من الحصانة غير المرغوب فيها مما يضر بمصلحة

---

(1) حول فكر رواد المدرسة الوضعية انظر تفصيلاً: استاذنا الدكتور محمد ابو العلا عقيدة: " اصول علم الإجرام " دار الفكر العربي، ١٩٩٨ ، ص٣٦ وما بعدها . وانظر: استاذنا الدكتور احمد صبحي العطار: " علم العقاب ". ١٩٩٨-١٩٩٩، ص ٥٩ وما بعدها.

Enrico Ferri:(1856-1929) :"Sociologie Criminelle", Traduit de l'Italien par Léon Terrien.Paris, Librairie Félix Alcan, deuxième édition, 1914, p.493. et s. et Gabriel Tarde: Philosophie pénale, Paris, 1900, p. 451.

(2)Enrico Ferri:Ibid.1914,p.492.

Gabriel Tarde:"Philosophie pénale", Paris, 1900, p.451 .Voir:Jean Pradel: " " Procédure pénale" , Cujas édition.1976, p.347.

المجتمع[1] .

ومن زاوية اخرى، يرى هذا الفقه، أن هذا المبدأ على فرض التسليم به ، فإن دوره يتوقف عند حد مرحلة التحقيق الابتدائي، بحكم أن الأدلة لم تثبت في حق المتهم على وجه اليقين، وبالتالي فهي مازالت ادعاءات، اما عندما تكون الجريمة في حالة تلبس، او عندما يدلي المتهم باعتراف تفصيلي بالجريمة، فإن هذا المبدأ ليس له معنى، وبالتالي فهو معدوم الأثر[2] ، وعلة نفيهم، ان عناصر الجريمة فيه واضحة وثابتة، ولا يوجد مشكلة بخصوص مرتكبها[3] .

وفي هذا الاتجاه ذهب آخرون إلى ان المتهم خاصة في الجنايات، لا يصل إلى مرحلة المحاكمة. إلا بعد أن تتوافر ضده ادلة اكيدة وخطيرة . بحيث يقرر القاضي في غالبية الحالات الجرم اكثر من البراءة، وعندما ينظر القاضي في القضية، يكون مقتنعاً انه إذا أحيل شخص ما إليه ، فذلك لأنه لا يستحق فعلاً الاستفادة من مبدأ البراءة، ويعتبر من المعجزات انتصار البراءة أمام محكمة الجنايات، حيث ثبت أن من كل عشرين. أو خمسة وعشرين حكم بالإدانة، كان مقابلها حكم واحد بالبراءة[4] .

واخيراً. يرى أنصار المدرسة الوضعية، أن الواقع العملي اثبت أن غالبية المتهمين تتقرر إدانتهم؛ مما يدحض هذا المبدأ، وبالتالي لا فائدة من إقراره[5] .

تلك هي اهم الانتقادات التي وجهها انصار المدرسة الوضعية الإيطالية لأصل البراءة.

---

(1)Enrico Ferri: ibid. p 493.

و انظر: استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان " مرجع سابق، ص ١٨٥. " الحماية الدستورية للحقوق والحريات "، مرجع سابق، ص٥٥٩. " القانون الجنائي الدستوري "، ط٢٠٠٤،مرجع سابق، ص ٢٨٧ .

(2)Gabriel Tarde: "Philosophie pénale", ibid. p. 451

(3) الدكتور مفيدة سعد سويدان : " نظرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي " ، مرجع سابق، ص٤٤٤ .والمرجع المشار إليه في الهامش.

(4) الدكتور مفيدة سعد سويدان : المرجع السابق نفسه .

(5) انظر : استاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور: " الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان " مرجع سابق، ١٨٥. " الحماية الدستورية للحقوق والحريات " ، مرجع سابق ، ص٥٥٩ . " القانون الجنائي الدستوري " ، مرجع سابق ، ص٢٥٥ . الدكتور مفيدة سعد سويدان : " نظرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي " ، المرجع السابق نفسه ، ص٤٤٤ .الدكتور احمد إدريس أحمد : المرجع السابق ، ص ٢٥١.

وقد انبرى الفقهاء المناصرون لمبدأ البراءة بالرد على تلك الشبهات التي بنها انصار هذا الفكر. وهذا ما سنوضحه في الفرع التالي:

الفرع الثاني

الرد على انتقادات المدرسة الوضعية

الإشكالية في فكر مؤسسي المدرسة الوضعية الإيطالية تكمن أساسا في رؤيتهم للظاهرة الإجرامية، فقد انتقل فكر هؤلاء من طور الأفكار المجردة وإرهاصات البحث العلمي إلى إتباع المنهج العلمي التجريبي في فحص المجرم لبيان دوافعه للإجرام[1]. وقد اقتضت فلسفتهم إلى تقسيم المجرمين إلى طوائف و ميزت بينها في التعامل - حسب ما ذكرناه سابقا-، لذلك كان من الطبيعي- وفقا لنهجهم-، أن يهاجموا كل ما هو مخالف لما توصلوا إليه. ومن هنا عابوا على المبدأ، بحجة أنه يسري على كافة مرتكبي الجرائم دون تمييز بين طوائف المجرمين.

ولا جدال في ضرورة التمييز بين فئات المجرمين، بغرض اختيار المعاملة العقابية المناسبة لإعادة تأهيلهم وإصلاحهم[2]. لكن ذلك لا محل له إلا في مرحلة التفريد القضائي للعقوبة. ولا يتأتى ذلك، إلا بعد إثبات الإدانة.أما في مرحلة الاتهام، فإنه من الخطأ الاعتماد على هذا التصنيف العلمي أثناء الإجراءات الجنائية،لأن القدرة على تصنيف المجرمين - لو أمكن ذلك - لا يكون إلا في مرحلة متأخرة، وبعد بحث دقيق في شخصيتهم[3]. ومع فرض التسليم بوجود آثار، أو ندب بجسم المتهم، فإن تلك الأمارات والقرائن البسيطة، لا تكفي لأن تجعل منه شخصا مدانا[4]، ثم إن مبدأ المساواة يقتضي معاملة الجميع على أساس أنهم أبرياء، إلى أن تتقرر إدانتهم بحكم بات، فضلا عن أن

---

(1) انظر في تفصيل أوفى: أستاذنا الدكتور محمد أبو العلا عقيدة : " أصول علم الإجرام " ، مرجع سابق ،ص٣٦ وما بعدها.

(2) قام علماء المسلمين بتقسيم المتهمين إلى طوائف وفرقوا بينهم في المعاملة فهناك المتهم المعروف بالتقوى والصلاح وهناك المتهم المعروف بالفجور، وهناك المتهم مجهول الحال. لمزيد من التفاصيل حول هذا التقسيم راجع كتاب الطرق الحكمية للسياسة الشرعية لابن القيم الجوزية، مرجع سابق، ص١٤٦ وما بعدها.

(3) أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور: " الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان " مرجع سابق، ص١٨٥ والمرجع المشار إليه في الهامش. " الحماية الدستورية للحقوق والحريات "، مرجع سابق، ص٥٥٩. " القانون الجنائي الدستوري "، مرجع سابق، ص٢٥٤. الدكتور عبد الرءوف مهدي: " حدود حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته "، مرجع سابق، ص٢٤. الدكتور أحمد إدريس أحمد ، سابق الإشارة ، ص ٢٥١ . الدكتور أحمد سعيد صوان: " قرينة البراءة وأهم نتائجها، مرجع سابق، ص ١٦٥. الدكتور مفيدة سعد سويدان ، " نظرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي " ، مرجع سابق ، ص ٤٤٦ و٤٤٧.

(4) الدكتور لسيد محمد حسن شريف: " النظرية العامة للإثبات الجنائي، مرجع سابق، ص٤٩٧.

قواعد القانون، يجب ان تكون لها صفة العموم، بحيث تسري على الكافة[1].

واما قولهم، بأن هذا المبدأ يمنح المجرمين نوعاً من الحصانة، فهو قول يجانبه الصواب،لأنه في الأساس يمنح الحصانة لكل الناس ضد التحكم والتعسف والاتهامات العشوائية، وهو ضمان اكيد وفعال للحرية الشخصية[2]. فليس كل من يقف أمام القضاء مجرمين، وليس كل الذين يوضعون في قفص الاتهام مذنبين.

ومن جانب آخر، قد يستفيد بعض المذنبين من هذا المبدأ، بيد انه لا يصح -عدالة- ان تكون هناك قاعدتان: احداهما تعامل المتهم على أنه بريء، وتطبق على طائفة معينة من الناس، واخرى تعامله على انه مدان وتطبق على طائفة أخرى؛ لأن مجال انطباق كل قاعدة لا يمكن تحديده، إلا بعد صدور حكم بات يحدد البريء او المذنب. اما قبل ذلك الحكم، فالجميع يتمتعون باصل البراءة دون تمييز[3].

واما من حيث قولهم بأن هذا المبدأ يؤدي دوره في مرحلة التحقيق الابتدائي وحسب، فذاك قول لا يمكن قبوله؛ لأن معناه اعتبار إحالة المتهم إلى المحاكمة بمثابة حكم بالإدانة، ومازالت الاعتبارات التي من أجلها فرض مثل هذا المبدأ قائمة في مرحلة المحاكمة؛ بل إن الحاجة إليه في هذه المرحلة تكون أشد واقوى؛ كونها المرحلة الحاسمة للدعوى الجنائية[4].

ومن حيث قولهم بأن المبدأ يغدو عديم الأثر، عندما تكون الجريمة في حالة تلبس، او عندما يدلي المتهم باعتراف تفصيلي. فيرد عليه بأن المبدأ -من حيث الأساس- لا يقتصر دوره فقط على إلزام هيئة الاتهام بإثبات وقوع الجريمة، ونسبتها إلى المتهم، بل يفرض عليها معاملته على أنه بريء طوال فترة الإجراءات، حتى يصدر حكم بات بالإدانة.

---

(1) الدكتور محمود محمود مصطفى: " الإثبات في المواد الجنائية "، مرجع سابق، ص٦٠.

(2) انظر : استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري "، مرجع سابق، ص٢٥٤ الدكتور محمود محمود مصطفى: " الإثبات في المواد الجنائية "، مرجع سابق، ص٦٠. الدكتور مفيدة سعد سويدان : " نظرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي " المرجع السابق ، ص٤٤٧. الدكتور علاء محمد الصاوي : " حق المتهم في محاكمة عادلة "، دار النهضة العربية ،٢٠٠١ ، ص٥٠١.

(3) انظر : الدكتور مبدر سلمان الويس: " اثر التطور التكنولوجي على الحريات الشخصية في النظم السياسية ، رسالة دكتوراه- جامعة القاهرة،-١٩٨٢. الدكتور أحمد إدريس أحمد، مرجع سابق، ص٢٥٢.

(4) الدكتور السيد محمد حسن شريف ، سابق الإشارة ، ص٤٩٧ . الدكتور عمر الفاروق الحسيني : " مدى تعبير الحكم الصادر بالإدانة غير الصادر بالإجماع عن الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي ، مرجع سابق ، ص٧.

وبناء على هذا المفهوم، فإنه عند ضبط الجريمة في حالة تلبس، لا يزحزح ذلك عن كاهل النيابة عبء الإثبات الملقي على عاتقها، ولا يبيح لها معاملته على اساس انه مذنب. فالمتهم قد يظهر في حالة تلبس، لكن قد يكون هناك سبب من اسباب الإباحة، كالدفاع الشرعي، أو مانع من موانع العقاب، او قد تدفعه الأقدار إلى مكان الجريمة . فتظهر الشواهد والقرائن أنه هو الجاني وهو بريء.

وتدل الوقائع والشواهد التاريخية ان هناك اشخاصاً تدفعهم الأقدار إلى وضع التلبس بالجريمة، ولكن يثبت بعد ذلك انهم ابرياء من ارتكاب الجرم.

ومما يحكى في هذا الصدد انه في عهد علي -رضي الله عنه- أتى برجل وجد في خربة بيده سكين ملطخة بدم وبين يديه قتيل، يتشحط في دمه، فسأله فقال: انا قتلته. قال: اذهبوا به فاقتلوه. فلما ذهبوا به أقبل رجل مسرعا، فقال: يا قوم لا تعجلوا وردوه إلى علي فردوه فقال: الرجل يا أمير المؤمنين، ما هذا صاحبه، انا قتلته. فقال علي للأول: ما حملك على ان قلت انا قاتله ولم تقتله؟. قال يا امير المؤمنين: وما استطيع ان اصنع. وقد وقف العسس "رجال الشرطة" على الرجل يتشحط في دمه، وانا واقف، وفي يدي سكين، وفيها اثر الدم. وقد اخذت في خربة، فخفت الا يقبل مني، فاعترفت بما لم أصنع، واحتسبت نفسي عند الله. فقال علي: بئسما صنعت. فكيف كان حديثك ؟ قال: إني رجل قصاب "جزار " خرجت إلى حانوتي في الغلس "الليل " فذبحت بقرة، وسلختها. فبينما انا اسلخها والسكين في يدي اخذني البول، فأتيت خربة كانت بقربي، فدخلتها، فقضيت حاجتي، وعدت اريد حانوتي، فإذا انا بهذا المقتول يتشحط في دمه فراعني امره فوقفت انظر إليه والسكين في يدي. فلم اشعر إلا باصحابك قد وقفوا علي فأخذوني. فقال الناس: هذا قتل هذا ما له قاتل سواه. فايقنت انك لا تترك قولهم لقولي، فاعترفت بما لم اجنه. فقال علي للمقر الثاني: فانت كيف كانت قصتك ؟ فقال اغواني إبليس فقتلت الرجل طمعا في ماله، ثم سمعت حس العسس فخرجت من الخربة، واستقبلت هذا القصاب على الحال التي وصف. فاستترت منه ببعض الخربة، حتى أتى العسس فاخذوه، واتوك به. فلما امرت بقتله علمت اني سابوء بدمه ايضا. فاعترفت بالحق.. فخلى علي عنهما واخرج دية

القتيل من بيت المال[1].

ويتبن لنا من تلك الواقعة، كيف ان الشخص المتلبس اوقعته الأقدار في طريق الجريمة، وكان محلاً للاتهام، بل اصبح مداناً ثم استبان وجه الحق وظهرت براءته مما اسند إليه من اتهام.

ومن هنا نقول: إن حالة التلبس وإن كان يبرر الخروج على القواعد العامة في الإجراءات الجنائية، وذلك بإعطاء مأموري الضبط القضائي سلطات اوسع تمكنهم من ضبط الجريمة، وأدلتها، قبل أن تمتد إليها يد العبث والتلفيق والتستر. فإن ذلك كله، لا يدحض هذا المبدأ، الذي يظل محتفظاً بكافة آثاره في حماية الحرية الشخصية، كما يظل عبء الإثبات قائما على عاتق سلطة الاتهام حتى الوصول إلى إدانة قاطعة.

وما يقال عن التلبس، يقال عن اعتراف المتهم. فالاعتراف، وإن كان له اهميته في الإثبات الجنائي، طالما صدر صريحاً وصادقاً وعن إرادة حرة ومن شخص كامل الأهلية، إلا أنه لا يهدم أصل البراءة. ويظل المتهم رغم اعترافه متمتعاً بالحماية التي

---

[1] ومما يحكى أيضاً: " أن امرأة وقع عليها رجل في سواد الصبح، وهي في طريقها إلى المسجد، فاستغاثت برجل مر عليها. وفر الفاعل، ثم مر عليها ذو عدد فاستغاثت بهم فادركوا الرجل الذي كانت قد استغاثت به. فأخذوه فجاءوا به يقودونه إليها. فقال: أنا الذي اغثتك، وقد ذهب الآخر. فاتوا به رسول الله ﷺ فاخبرته انه وقع عليها، واخبر القوم أنهم ادركوه يشتد " يعدو مسرعاً ". فقال: إنما كنت اغيثها على صاحبها، فأدركني هؤلاء، فأخذوني. فقالت: كذب. هو الذي وقع علي. ولما هم الرسول بمعاقبته قام رجل فقال: أنا الذي فعلت بها الفعل واعترف فاجتمع ثلاثة عند رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي وقع عليها والذي أغاثها والمراة فقال: أما أنت فقد غفر لك. وقال للذي اغاثها قولاً حسنا فقال عمر رضي الله عنه ارجم الذي اعترف بالزنا. فأبى رسول الله صلى الله عليه وسلم. وقال لا. إنه قد تاب وفي رواية: فاتوا به النبي صلى الله عليه وسلم. فلما أمر به، اي بإقامة الحد قام صاحبها الذي وقع عليها، فذكر الحديث فعلى هذه الرواية يحتمل انه إنما أمر بتعزيره ويحتمل أنهم شهدوا عليه بالزنا واخطئوا في ذلك. حتى قام من وقع عليها فاعترف بالزنا[1]. والظاهر ان هذه الرواية هي الأقرب للصواب،إذ لا يخفى ان الأمر بالرجم في ظاهره مشكل،إذ لا يستقيم الأمر بالرجم بدون إقرار ولا بينة. وقول المراة لا يصلح بينه، بل هي التي تستحق أن تحد حد القذف. فلعل المراد:" فلما قارب ان يامر به....إلى آخر الواقعة". انظر : في سنن البيهقي الكبرى البيهقي برقم ٢٨ باب المحارب يتوب ، ٣٨٤- ٤٥٨هـ مكتبة دار الباز- مكة المكرمة-، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، تحقيق محمد عبد القادر عطا، جـ٨ ، ص ٢٨٤. سنن النسائي الكبرى، للحافظ النسائي، دار الكتب العلمية بيروت، ١٤١١هـ-١٩٩١م،تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البنداري، وسيد كسروي حسن،باب الستر على الزاني ،برقم ٧٣١١، جـ ٤، ص ٣١٣.الطرق الحكمية في السياسة الشرعية.لابن القيم،ص٨٤- ٨٥.المحلى لابن حزم الظاهري، جـ ١١، ص ١٢٦. عون المعبود، محمد شمس الحق العظيم ابادي،دار الكتب العلمية بيروت ، جـ ١٢ ، ص ٢٨.

يضفيها عليه هذا المبدأ، إلى حين صدور حكم قضائي بات بالإدانة، وتظل النيابة العامة -صاحبة الاختصاص- ملزمة بإثبات ان الاعتراف قد صدر عن المتهم بإرادة حرة، وبدون اي تأثير، إذا ما نازع المتهم في صحة الاعتراف المنسوب إليه[1]. وما ذلك إلا لأن الاعتراف اصبح كغيره من الأدلة، يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة، التي لها مطلق الحرية في تقدير صحة الاعتراف. وفقاً لما يتكشف لها من ظروف الدعوى[2].

وبالنسبة لقولهم، بأن العمل قد اثبت دحض مبدأ البراءة،لأن معظم المتهمين تتقرر إدانتهم، هو قول يعوزه الدقة، وهو بعد حجة عليهم لا لهم، ذلك أنهم يسلمون بأن بعض المتهمين يقضى ببراءتهم. وهذا يؤكد صحة القول بهذا المبدأ، ولو أهدرنا هذا المبدأ لما حكم ببراءتهم تحت الاعتقاد الخاطئ بإدانتهم .كما أن الشواهد القضائية تدل على ان هناك متهمين كثيرين يوضعون موضع الاتهام، وقد يطول حبسهم احتياطيا. ثم يقضى ببراءتهم، بل قد تظهر أدلة البراءة بعد الحكم البات بالإدانة، ومن اجل ذلك تقررت إعادة النظر في الأحكام القضائية[3].

وإذا تحققت إدانة معظم المتهمين المقدمين إلى المحاكمة، فإن ذلك يرجع إلى دقة سلطة الاتهام في عدم رفع الدعوى الجنائية عليهم إلا بناء على أدلة كافية، وهي دقة معرضة للخطر، إذا ما أنهار أصل البراءة، وأصبح من السهل إدانة المتهم بناء على مجرد الشبهات[4]

واخيراً، إذا كانت المصلحة العامة تقتضي إدانة المجرمين ومعاقبتهم، فإن هذه المصلحة تتعارض ايضا مع الاعتداء على حريات الأبرياء. واشتراط أن تكون الإدانة على وجه قطعي، لا يعد ذلك قيداً على المصلحة العامة، ذلك أن المصلحة المحمية وهي الحرية الشخصية هي مصلحة تهم المجتمع بأسره، ولا تقل أهمية عن المصلحة العامة

---

(1) راجع تفصيلا: الدكتور سامي صادق الملا: " اعتراف المتهم"، مرجع سابق ص٢٤ وما بعدها. الدكتور احمد إدريس احمد، مرجع سابق، ص٢٥٥.

(2)الدكتور على زكي العرابي: " المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية "، جـ١، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر - مكتبة القاهرة الحديثة ، ١٣٧٠هـ - ١٩٥١م . ص٤٧٥.

(3) انظر: الدكتور محمود محمود مصطفى : " الإثبات في المواد الجنائية"، مرجع سابق، ص٥٦. استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان " مرجع سابق، ص١٨٦. " الحماية الدستورية للحقوق والحريات- مرجع سابق، ص٥٦٠. " القانون الجنائي الدستوري "، مرجع سابق، ص٢٥٥.

(4) الدكتور احمد فتحي سرور: " المراجع السابقة نفسها.

في معاقبة المجرمين[1].. وجاء في التشريع الإسلامي: " إن يخطئ الإمام (القاضي) في العفو خير من يخطئ في العقوبة (الإدانة). وقد عبرت محكمة النقض المصرية عن حقيقة ذلك بقولها: " لا يضير العدالة إفلات مجرم من العقاب بقدر ما يضيرها الافتئات على حريات الناس والقبض عليهم بدون وجه حق "[2] وعبرت المحكمة العليا الأمريكية في إحدى احكامها سنة ١٨٩٥ عن ذلك بقولها: " إن إفلات خمسة أو عشرة أو عشرين أو مائة من المذنبين خير للعدالة من إدانة بريء واحد يتم إعدامه"[3].

ومجمل القول: إن الانتقادات التي وجهها أنصار المدرسة الوضعية لأصل البراءة، كانت محل اعتراض العديد من رجال الفقه، لكونها تمثل خطورة على الحقوق والحريات الشخصية، سواء فيما ذهبت إليه من حيث التمييز بين طوائف المجرمين وانعكاس ذلك على أصل البراءة، أم من حيث تغليبها لمقتضيات الدفاع الاجتماعي، وبالتالي التضحية بالحقوق الفردية. وهذا منطق لا يستقيم مع مقومات الحق والعدل، ولا يتفق إلا مع الطابع التسلطي لأفكار المدرسة الوضعية، التي تهمل جانب الفرد. بحجة الدفاع عن المجتمع. وتذهب مع التشريعات الاستبدادية الذاهبة إلى محاولة قمع الحريات، وكبح الأصوات المعارضة لسياستها الاستبدادية[4].

المطلب الثاني

الانتقادات الأخرى الموجهة لأصل البراءة والرد عليها

إذا كان أصل البراءة قد تعرض لنقد من قبل مؤسسي المدرسة الوضعية الإيطالية، فإنه قد تعرض أيضاً لانتقادات أخرى لا تقل عنها خطورة من قبل بعض فقهاء القانون.

وسوف نتناول تلك الانتقادات في فرع أول ثم نتناول الرد عليها في فرع ثان.

---

(1) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " ذات المراجع السابقة.

(2) نقض ٢١ اكتوبر سنة ١٩٥٨ مجموعة الأحكام س٩ رقم ٢٠٦ ص ٨٣٩. نقض ٢٥ يناير سنة ١٩٦٥ س١٦ رقم ٢١ ص ٨٧. نقض ٢١ يناير سنة ١٩٦٧، س١٨ رقم ٢٤ ص ١٢٨. نقض ١٥ فبراير سنة ١٩٨٤، س٣٥ رقم ٣١ ص١٥٣.

(3)" It is better than 5, 10, 20, or 100 guilty men go free than for one innocent man to be put to death". Coffin v. United States, 156 U.S. 432; 15 S. Ct. 394.

(4) انظر: الدكتور محمود نجيب حسني: " شرح قانون الإجراءات الجنائية "، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص٤٢٦.

الفرع الأول

أوجه انتقادات المبدأ

يمكن تقسيم الانتقادات التي وجهت لأصل البراءة من قبل الفقهاء المحدثين إلى وجهين: **الوجه الأول:** قولهم بتعارضه مع الإجراءات الجنائية التي تمس الحرية الشخصية. **والوجه الثاني:** تفسيرهم لقواعد الإثبات بعيداً عن أصل البراءة.

وسوف نستعرض هذين الجانبين وذلك على النحو التالي:

الوجه الأول : التعارض بين أصل البراءة والإجراءات الجنائية :

ويمكن تصنيف الاعتراضات في هذا الجانب إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: ذهب هذا الرأي إلى، أنه إذا كان لأصل البراءة ما يبرره في الماضي، فليس هناك أدنى مبرر لوجوده في الوقت الراهن، وذلك لأنه في الماضي كان المتهم يلقى معاملة قاسية، وكان المتهم يفترض فيه الإدانة، ومن ثم، فإن ميزان العدالة كان مختلاً. حيث يميل إلى جانب قضية الاتهام ضد المتهم، وضد قضية الدفاع.

وذهب هذا الرأي إلى أنه كرد فعل لتلك المساوئ، ظهر المبدأ الذي " يفترض براءة المتهم"، وبدأ مركز الثقل يتحول تدريجيا لصالح المتهم، و قضية الدفاع، حتى نال المتهم حقوقاً كثيرة، تفوق حقوق المجني عليه، أو المتضرر من الجريمة. وبمرور الزمن اصبح قانون الإجراءات الجنائية، قائماً كلية على هذا المبدأ، ونتج عن ذلك ظهور قواعد للإجراءات الجنائية، وقواعد للإثبات الجنائي، تقف عائقا أمام سلطة الاتهام. وبالتالي تسببت في إحداث خلل في قواعد التوازن بين حقوق المتهم، وحقوق المجني عليه، كونها لا ترعى سوى مصلحة المتهم، وتتجاهل ضحيته. ومن ثم فهذا الراي يرفض المبدأ، ويرفض كل القواعد الإجرائية التي تحمي الحرية الشخصية، ويعتبر القاعدة التي تنص على أن عبء الإثبات يقع على عاتق الاتهام هي قاعدة مجحفة، وغير واقعية ولا مبرر لها، وقد أدت إلى إفلات مجرمين عديدين من يد العدالة[1].

ولا يقف هذا الراي عند هذا الحد من النقد، بل وينتقد القاعدة الشهيرة التي

(1)Lalita Rajapaske :" The Ceylan law , society journal, vol. 10, No2, 1972.p.13.
اشار إليه الدكتور احمد إدريس احمد، " مرجع سابق، ص٢٦ وما بعدها.

تنص على ان إفلات مجرم من العقاب خير للعدالة من إدانة شخص قد يكون بريئا، ويعتبرها قاعدة مغلوطة، بحجة انها تغل يد الحاكم، فلا تستطيع الوصول إلى إدانة المذنبين، خوفا من الوقوع في خطر إدانة شخص، قد يكون بريئاً، ولمجرد وجود شك قد يكون ضعيفاً، او لمجرد احتمال اخذ البريء بالمذنب[1]، كما قال عن هذه القاعدة الشهيرة: إن من شأنها ان تؤدي إلى انتشار ضرر يعم المجتمع بأسره ، في حين أن الظلم الذي يقع على بريء، إنما يقتصر عليه وحده.

وليس هذا فحسب بل انتقد أيضا القاعدة التي تمنع القضاة من الاطلاع علي صحيفة سوابق المتهم قبل تقرير الإدانة، ويرى أن الاطلاع عليها يساعد القضاة في تقدير الأدلة تقديراً صحيحاً يوصلهم إلى إصدار قرار عادل[2].

ونخلص من ذلك إلى أن هذا الراي ينتقد المبدأ، وتتركز اوجه النقد في انه يترتب عليه قواعد إجرائية تحابي المتهم على حساب المجني عليه وفي طليعة تلك القواعد القاعدة التي تقضي بأن على الاتهام إثبات إدانة المتهم وراء أي شك معقول، فهو يرى انها تثقل كاهل الاتهام بعبء غير مناسب وغير واقعي. وإن قاعدة الشك التي تترتب عليها ليس لها أي مبرر، ولا يجب أن يفسر الشك لمصلحة المتهم، وإنما لمصلحة المجني عليه.

ويظهر من خلال هذا الرأي، أن أصحابه من أنصار الفكر الذي ينظر إلى الجماعة على أنها اهم من الفرد، وينبغي ألا يعطى الفرد حقاً، إلا إذا كان لا يتعارض مع مصلحة المجتمع وامنه، وبالتالي يباح للدولة أن تتخذ من الإجراءات ما تشاء ضد الفرد بمجرد الاشتباه بأن له ضلعاً في ارتكاب الجريمة .

الاتجاه الثاني: ذهب أصحابه إلى انه، إذا كان المتهم بريئا، فلماذا تتخذ ضده إجراءات قسرية، تتمثل في : الضبط والإحضار والقبض والاستجواب، والحبس الاحتياطي.. وجميعها إجراءات ماسة بالحرية الشخصية، وهي بلا شك إجراءات تتعارض مع أصل البراءة[3] .

---

(1) الدكتور احمد إدريس احمد، " مرجع سابق، ص٢٦١.

(2)Lalita Rajapaske : " the ceylan law , society journal,op.cit. p.11.

اشار إليه الدكتور احمد إدريس أحمد، " مرجع سابق، ص٢٦٣.

(3) انظر ، الدكتور حسن محمد ربيع ، " حماية حقوق الإنسان والوسائل المستحدثة للتحقيق الجنائي " ، رسالة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية ، ١٩٨٥ ، ص٥١١. الدكتور محمود عبد العزيز خليفة، " النظرية العامة للقرائن في الإثبات الجنائي"، مرجع سابق ، ص٧٥٧ .

كما أن نعت المتهم بأنه بريء مع اتخاذ هذه الإجراءات ضده، يمثل قلبا لكل المعاني المنطقية والقانونية، ويجعل هذه الإجراءات على غير سند من القانون، أو المنطق[1].

وهناك رأي قريب من هذا الاتجاه، ذهب صاحبه إلى أنه يجب ألا يكون هناك وضع محدد للمتهم، طالما أن هناك إجراءات يتم اتخاذها في الدعوى الجنائية، بحيث لا يكون هناك موقف مسبق بالإدانة. أوالبراءة؛ بمعنى ان يكون وضع المتهم محايداً، فلا يثار اثناء الدعوى افتراض براءته، أو افتراض ذنبه. وهذا الوضع المحايد، أو الوسطي هو- من وجهة نظرهم- الأكثر عدالة؛لأنه بدون تبني هذا المبدأ، أو افتراض الإدانة، من شأنه ان يحقق محاكمة عادلة بالنسبة للمتهم، وضحيته[2].

الوجه الثاني: تفسير قواعد الإثبات بعيداً عن *أصل البراءة*:

من القواعد الأساسية في مجال الإثبات الجنائي، أن عبء الإثبات يقع على عاتق سلطة الاتهام، وأن الإدانة يجب أن تبنى على الجزم واليقين، وإن الشك ينبغي أن يفسر لمصلحة المتهم.

وهذه القواعد - وإن كان جمهور فقهاء القانون الجنائي يكاد يجمع على أنها نتائج مترتبة على اصل البراءة. إلا ان هناك بعض الفقه[3] يبرر وجودها بعيداً عن مبدأ البراءة. ففيما يتعلق " بأن عبء الإثبات يقع على عاتق سلطة الاتهام" يبرر هذا الرأي وجوده دونما حاجة إلى تفسيرها بالرجوع إلى أصل البراءة، وإنما تتفق مع طبيعة الخصومة الجنائية.

واما ما يتعلق بأن، " الإدانة يجب ان تبنى على الجزم واليقين، وأن الشك يفسر لمصلحة المتهم "، فمرجعه- وفقاً لهذا الرأي- ليس " أصل البراءة "، بل إلى المبادئ

---

(1) الدكتور آمال عبد الرحيم عثمان: " الإثبات الجنائي ووسائل التحقيق العلمية " ، مطبعة دار الهنا ، ١٩٧٥ ، ص ٧٦ .

(2) Jean Carbonnier : "Instruction criminelle et liberté individuelle ", thèses. Paris, 1937, p.42 et43.

ونفت الرأي للدكتورة آمال عبد الرحيم عثمان: " الإثبات الجنائي ووسائل التحقيق العلمية، مرجع سابق ص٧٦.

(3)Decottignies: " Les présomptions en droit prive ", thèse ,lille , 1949 , No85,p 214et 215 .

اشار إليه الدكتور السيد محمد حسن شريف ، مرجع سابق ، ص٥٠٤.

وانظر، الدكتور آمال عبد الرحيم عثمان: " الإثبات الجنائي ووسائل التحقيق العلمية، مرجع سابق، ص٧٦

القانونية العامة التي تحكم إجراءات الخصومة الجنائية ، فالقاضي الجنائي عند تطبيقه للنص الجنائي تواجهه مصلحتان : الأولى مصلحة المجتمع في توقيع العقاب، والثانية مصلحة المتهم.ويحمي قانون الإجراءات الجنائية كلتا المصلحتين على قدم المساواة. ومن ثم فعليه، ألا يغلب إحداهما على الأخرى، إلا عندما يوجد نص يقضي بذلك . أما إذا لم يوجد نص يقضي بذلك ، فيتعين ترجيح مصلحة المتهم في حماية حريته الفردية[1] .

الفرع الثاني

الرد على أوجه النقد الأخرى

يمكن الرد على تلك الحجج التي ساقها معارضو هذا المبدأ، وذلك على النحو التالي:

أولاً : بالنسبة للقائلين بأنه لا يوجد في الوقت الراهن ما يبرر وجود هذا المبدأ فهذا قول يجانبه الصواب، لأن المبدأ في الأساس موجه لرجال السلطة العامة ورجال القضاء بأن يعاملوا المتهم على انه بريء. وفي هذا الصدد يقول احد الفقهاء: " إن هذا المبدأ، لا يفرض إلا على القضاة، دون باقي المشاركين في الدعوى الجنائية، ومن ثم إذا فرض وأن قام شاهد بالتعبير عن راي فيه إضرار بالمتهم، أو كان فيه سب له، ولم تتخذ المحكمة اي رد حيال ذلك، فإنها تكون مشاطرة الشاهد فيما ذهب إليه، ومن ثم تكون المحكمة غير محايدة. ولذلك، فإن أصل البراءة يعد مكملاً لمبدأ حياد القاضي"[2] .

ومما يؤكد ان هذا المبدأ ما زال يحتل مكانة سامية في وقتنا الحالي، ان العديد من التشريعات تحرص على إعادة التأكيد عليه باستمرار عبر مراحل التاريخ المختلفة، كما فعل التشريع الفرنسي حسب ما بيناه.

ومما يدحض حجة القائلين بأن مبدأ البراءة أصبح غير ضروري في الوقت الراهن، أن المحكمة الدستورية العليا في مصر تصدت للعديد من القضايا التي تمس هذا المبدأ. وسوف نرى لاحقاً كيف انها قضت بعدم دستورية قرائن الاتهام لمخالفتها أصل البراءة.

([1]) الدكتور آمال عبد الرحيم عثمان : المرجع السابق ، ص٧٤ .

([2])Raymond:"Les droits par la convention européenne des droits de l' homme", 1970, p.303.

ثانيا: بالنسبة للقائلين، بأن قاعدة " إفلات مجرم من العقاب خير للعدالة من إدانة شخص بريئا" قاعدة مغلوطة، بحجة أنها تغل يد المحاكم، فلا تستطيع الوصول إلى إدانة المذنبين، خوفاً من الوقوع في خطر إدانة شخص قد يكون بريئا او ان من شأنها، ان تؤدي إلى انتشار ضرر يعم المجتمع بأسره ، في حين أن الظلم الذي يقع على بريء إنما يقتصر عليه وحده .

ويُرد على هذا الراي، أنه إذا كانت المصلحة العامة تقتضي إدانة المجرمين، فإنها بالمقابل تقتضي عدم الاعتداء على حريات الأبرياء، ولا يمكن لأي مجتمع حر وديمقراطي ان يأخذ افراده بالشبهات، بمجرد الحرص على ألا يفلت مجرم من العقاب[1] .

وكذلك هناك امر آخر، وهو ان الضرر الاجتماعي الذي يترتب على إدانة بريء يكون اشد وطأة من الضرر الاجتماعي المترتب على تبرئة مذنب؛ فإذا كانت إدانة شخص بالشبهة، فيها جلب لمصلحة عامة هي: عدم إفلات مجرم من العقاب، فإن إخلاء سبيل مجرم بالشبهة فيه درء لمفسدة هي: الافتئات على الحريات وأخذ الناس بالشبهات. والقاعدة المتفق عليها عند الأصوليين ان" درء المفاسد أولى من جلب المصالح"[2] .

ثالثا: بالنسبة للراي القائل: إن مبدأ البراءة يتنافى مع الإجراءات الجنائية الماسة بحرية المتهم، وان نعت المتهم بأنه بريء مع اتخاذ هذه الإجراءات ضده؛ يمثل قلباً لكل المعاني المنطقية والقانونية، ويجعل هذه الإجراءات تظهر على غير سند من القانون، أو المنطق، ولا يتناسب مع وصف البريء، فيرد عليه، بأن أصل البراءة ليس معناه إهدار، او تجاهل المصلحة العامة، التي تقضي بتعقب المجرمين تمهيداً لمحاكمتهم، وإنزال العقاب المناسب بحقهم، وأنه ليس بالإمكان الوصول إلى الجاني إلا

---

(1) انظر: الدكتور احمد إدريس أحمد، مرجع سابق، ص ٢٤٢.
(2) وفي هذا الخصوص ذكر العز بن عبد السلام أن المتفق عليه عند الحكماء " ان تحصيل المصالح المحضة، ودرء المفاسد المحضة عن نفس الإنسان، وعن غيره، محمود حسن، وان تقديم ارجح المصالح فارجحها محمود حسن، وان درء افسد المفاسد فافسدها محمود حسن، وان تقديم المصالح الراجحة على المفاسد المرجوحة محمود حسن، وان درء المفاسد الراجحة على المصالح المرجوحة محمود حسن". انظر تفصيلاً: قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام، دار الكتب العلمية - بيروت-، ج١ ص ٤ وما بعدها.

من خلال إجراءات تستهدف جمع الأدلة وتقديمها إلى القضاء[1]. وكل ما هنالك ان هذا المبدأ يقيد من هذه الإجراءات، فلا تتخذ إلا إذا وجدت دلائل قوية، وكافية ضد المتهم تبرر هذا الإجراء، ولا يعني هذا ان الدلائل الكافية تقتضي ان نعامل المتهم على انه مذنب بالفعل، وإنما تعني أن أصابع الاتهام تشير إليه[2].

ولذلك، فإن هذه الإجراءات لها سند قانوني في الدستور، أو قانون الإجراءات الجنائية يسمح بها، حيث يحدد النص القانوني الشروط القانونية والموضوعية لاتخاذ مثل هذه الإجراءات، مع إحاطتها بالعديد من الضمانات التي تكفل عدم إساءة استخدامها[3].

ولا شك، أن أصل البراءة يؤدي دوراً مهماً في إحداث التوازن بين حماية المصلحة العامة، وبين حماية الحقوق والحريات الشخصية.

رابعا: فيما يخص الرأي القائل، بأنه ما دام هناك إجراءات تحقيق ومحاكمة فمن الأوفق أن يوضع المتهم في موقف محايد، فلا يوصف انه بريء، أو انه مذنب. ويرد على هذا الرأي، بأن هناك لبس في فهم طبيعة مبدأ البراءة، فحين نقول: إن الأصل في المتهم البراءة، فإن معناه، أن الأصل ان كل شخص بريء استصحاباً للحال وهو البراءة الأصلية أو براءة الذمة، غير انه إذا وقعت جريمة ما، واتهم بارتكابها فيظل هذا الشخص مستصحباً الحال. وهو "أصل البراءة " طوال مراحل الإجراءات التي تتخذ قبله، ولا ينتفي عنه هذا المبدأ حتى تثبت الإدانة بحكم قضائي بات.والقول بغير ذلك، معناه تعريض الحقوق والحريات للخطر[4].

ومن ناحية أخرى، لو سلمنا جدلاً بحيادية المعاملة، فما هو الضمان الذي يكفل احترام هذا الحياد، حتى لا تميل الكفة لصالح البراءة، أو الإدانة؟ ثم كيف يتم حل مسألة عبء الإثبات، ولصالح من يفسر الشك حال عدم كفاية الأدلة ؟ فإذا قلنا بأن سلطة الاتهام هي التي تتحمل عبء الإثبات، فذلك معناه الاعتراف الضمني بأصل البراءة، أما إذا كان المتهم هو الذي سيتحمل عبء إثبات براءته، وأن الشك يفسر لغير

---

(1) الدكتور محمود محمود مصطفى، " الإثبات في المواد الجنائية"، مرجع سابق، ص٦١.
(2) انظر، احمد إدريس أحمد ، المرجع السابق ، والهامش رقم ٣ ، ص ٢٩٨ .
(3) الدكتور محمود محمود مصطفى، " الإثبات في المواد الجنائية"، مرجع سابق، ص٦٠. الدكتور السيد محمد حسن شريف، " النظرية العامة للإثبات الجنائي، مرجع سابق، ص٥٠٨.
(4) انظر ما سبق في الفصل التمهيدي، ص ٤٢ وما بعدها.

صالحه، فمعناه العودة إلى العهود القديمة، حيث كان المتهم تفترض فيه الإدانة. وهو الأمر الذي تأباه المجتمعات المتحضرة التي عانت كثيراً بسبب غياب هذا المبدأ[1].

ولو سلمنا جدلاً، بأنه من الممكن احترام هذا الوضع المحايد في دول تتبنى الحرية والديمقراطية واحترام حقوق الإنسان، فلا يتصور احترام هذا الوضع في دول قمعية، لا ترعى حقوق، ولا تحمي حرمات، ويسيطر عليها الهاجس الأمني أكثر من هاجس تحقيق العدل والحرية.

خامسا: ما يتعلق بالرأي القائل: إن عبء الإثبات تتحمله سلطة الاتهام، لا تطبيقاً لأصل البراءة. وإنما لاتفاقه مع طبيعة الخصومة الجنائية، فهو تبرير غير مقنع ، فإذا كان من طبيعة الخصومة الجنائية، أن عبء الإثبات يقع على عاتق الاتهام ، فإن من طبيعة الخصومة المدنية، أن عبء الإثبات يلقى على عاتق المدعي أيضا ، والفرق بينهما، في حالة دفع المدعى عليه في الدعوى المدنية بأحد الدفوع، فإنه يصبح مدعياً بهذا الدفع، ويتعين عليه في هذه الحالة ، إثبات صحة دفعه[2]. أما في الدعوى الجنائية، فإن عبء الإثبات يقع كاملاً على سلطة الاتهام[3].

و يحق لنا أن نتساءل عن السبب في هذه التفرقة بين الخصومة المدنية والخصومة الجنائية، فإذا قيل بأن قواعد عبء الإثبات هي التي تفسر لنا هذه التفرقة، فإنه قول غير مقبول،وبالتالي يبقى أصل البراءة، هو المبرر السليم لجعل عبء الإثبات في المسائل الجنائية، يقع على عاتق الاتهام كلية، ويظل هذا العبء قائماً حتى يقوم الدليل القاطع على الإدانة، وهو قول يكاد الفقه الجنائي المعاصر يجمع عليه[4].

---

(1) انظر: الدكتور السيد محمد حسن شريف، مرجع سابق، ص٥٠٩. وانظر المرجع المشار إليه في الهامش.

(2) الدكتور السيد محمد حسن شريف، المرجع السابق، ص٥١٢.

(3)انظر: الدكتور محمود محمود مصطفى : "شرح قانون الإجراءات الجنائية "، مرجع سابق ، ص ٤١٤ . الدكتور محمد محي الدين عوض: " الإثبات بين الازدواج والوحدة في الجنائي والمدني في السودان "، مطبوعات جامعة القاهرة، ١٩٧٤، ص ٢٦. الدكتور جودة حسين جهاد: " حقوق الإنسان في مرحلة المحاكمة - الإثبات الجنائي بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - "، ١٤١٢هـ - ١٩٩١، ص٧. الدكتور السيد محمد حسن شريف، المرجع السابق، ص٥١٢.

(4) انظر : الدكتور محمود محمود مصطفى : "شرح قانون الإجراءات الجنائية "، مرجع سابق ، ص ٤١٤ . أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور:" القانون الجنائي الدستوري "، مرجع سابق، ص٢٦٤. محمد زكي أبو عامر: الإثبات في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص ٥٥. الدكتور أحمد إدريس أحمد، مرجع سابق، ص ٣٠٥. الدكتور عمر الفاروق الحسيني ، مدى تعبير الحكم بالإدانة غير الصادر بالإجماع عن الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي مرجع سابق، ص٥٨ . الدكتور السيد محمد حسن شريف، المرجع السابق، ص٥١٢.

Mohammed-Jalal Essaid:La présomption d'innocence, op. cit.,p 64.

واما القول بأن الإدانة يجب ان تبنى على الجزم واليقين، وان الشك يجب تفسيره لمصلحة المتهم، وان مرجعهما - وفقاً لقولهم- إلى المبادئ القانونية العامة التي تحكم إجراءات الخصومة الجنائية، وليس لأن لأصل في المتهم البراءة.فالرد على هذا القول يكون بطرح تساؤل مفاده من أين اكتسبت الخصومة الجنائية للمبادئ العامة، فهل جاءت من فراغ دون اي اعتبار ؟

والإجابة عن ذلك، ان هذه المبادئ، لم تنشأ من فراغ، وإنما كانت ثمرات كفاح ونضال الإنسان من أجل الحرية، وحماية الحقوق الشخصية، ومن بين تلك الحقوق، حق الإنسان في أصل البراءة، فكل إنسان - كما سبق وان ذكرنا - يولد وذمته بريئة، وأن ارتكاب الجريمة عمل شاذ، وخارج عن المألوف، وعلى من يدعي أن شخصاً قد ارتكب جريمة، فعليه ان يثبت دعواه ثبوتاً نافياً للشك، وإذا ما اثير اي شك حول صحة الواقعة، وجب الرجوع إلى الأصل، وهو براءة ذمة الشخص، وهي براءة ثابتة بيقين، واليقين لا يزول بالشك، وإنما يزول بيقين مثله[1]. ولهذا، فإن رأي غالبية الفقه ذهب إلى أن بناء الحكم الصادر بالإدانة على الجزم واليقين، وان الشك يفسر لمصلحة المتهم، إنما مرجعه إلى أصل البراءة[2].

---

(1) انظر: الدكتور أحمد إدريس أحمد ، مرجع سابق ، ص٣٠٢ . الأستاذ حسين جميل : " حقوق الإنسان والقانون الجنائي " ، معهد البحوث والدراسات العربية، دار النشر للجامعات المصرية، ص٢٠٧.

(2) أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور: "القانون الجنائي الدستوري"، مرجع سابق، ص٢٦٤. الدكتور احمد إدريس أحمد، المرجع السابق، ص ٣٠٥. الدكتور عمر الفاروق الحسيني ، مدى تعبير الحكم بالإدانة غير الصادر بالإجماع عن الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي ، الطبعة الثانية ١٩٩٥ ، ص ٥٨. الدكتور السيد محمد حسن شريف، المرجع السابق، ص٥١٣.

الباب الثاني

حماية أصل البراءة في مواجهة الإجراءات الماسة بالحرية

تمهيد وتقسيم:

إذا كان أصل البراءة يعد مبدأ أساسياً لضمان الحرية الشخصية للمتهم وكانت مصلحة الجماعة تقتضي - في سبيل مكافحة الإجرام- كشف الجريمة و اتخاذ إجراءات - بطبيعتها- ماسة ومقيدة للحرية الشخصية، قبل صدور حكم قضائي بالإدانة، فإنه يجب أن يكون المساس بالحرية الشخصية في اضيق الحدود، وأن يكون في إطار من الموازنة بين المصلحة العامة، وحق الشخص في تمتعه بجميع الحقوق والحريات[1].

ويرسم اصل البراءة، شكل ممارسة المشتبه فيه، او المتهم لحقوقه وحرياته عند التوسل بالإجراءات الجنائية،كما يرسم شكل الضمانات التي تكفل حماية الحرية الشخصية وسائر حقوق الإنسان[2]، بحيث يكون كل إجراء جنائي يسمح به القانون محاطاً بسياج من القيود والضمانات التي تكفل احترام الحرية الشخصية، وتحول دون المساس بها ، إلا في حدود ما رسمه القانون استثناء، وبالتالي، فإن أي إجراء جنائي يتخذ خارج تلك القيود والضمانات، يصبح إجراءً غير مشروع، ومنتهكاً لأصل البراءة. كما ان اي إجراء جنائي ينص عليه القانون دون ان يكون محاطاً بهذه الضمانات يعد اعتداء تحكمياً على اصل البراءة ومنتهكاً للشرعية الدستورية[3].

وإذا كانت الحماية الجنائية لأصل البراءة في الإجراءات الجنائية، تأخذ شكل الضمانات التي تكفل احترام هذا الأصل، بحيث تسير الإجراءات وفقاً للقواعد الدستورية والقانونية، فإنها قد تأخذ شكل الجزاءات التي توقع على كل انتهاك للضمانات التي فرضت حماية لهذا الأصل.

---

(1) Jacques Buisson :" La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes", RSC. Dalloz, N°1, janv.-mars 2001, p24.

وانظر: استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري"، مرجع سابق، ص٢٤٧.

(2) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: المرجع السابق، ص٢٥٩.

(3) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: المرجع السابق نفسه ، ص٢٥٨.

وإذا كان القبض والحبس الاحتياطي من الصور الواضحة للإجراءات الماسة بحرية الشخص في الغدو والرواح، فهناك إجراءات يتم اتخاذها أثناء الاستدلالات تقيد من حرية المشتبه فيه تحت مبرر منع فرار المتهم، أو منعه من الإقدام على ارتكاب جريمة جديدة ، أو خوفاً من تأثيره على الأدلة و الشهود، أو تعطيله لسير العدالة . وهي ضرورات قدرها البعض، ولكنها في الأخير إجراءات تقيد من الحرية في التنقل ولا عبرة بالوقت الذي يستغرقه هذا الإجراء.

وننوه إلى أن البحث في هذا الباب يقتصر فقط على الإجراءات الماسة بحرية الغدو والرواح وتأثيرها على أصل البراءة.

وعلى هدي ما تقدم، سوف نتناول في هذا الباب حماية أصل البراءة في مواجهة الإجراءات الماسة بحرية التنقل وذلك في فصول ثلاثة هي :

الفصل الأول :- حماية أصل البراءة أثناء التحفظ والقبض.

الفصل الثاني :- حماية أصل البراءة أثناء الحبس الاحتياطي

الفصل الثالث :الجزاءات المترتبة على الإخلال بالضمانات.

الفصل الأول

حماية أصل البراءة أثناء التحفظ والقبض

تمهيد وتقسيم:

بداية تثار لدى الفقه مشكلة تحديد طبيعة التحفظ وما إذا كان من الإجراءات الماسة بالحرية الشخصية في مرحلة الاستدلالات، وبالتالي لا يختلف عن القبض، أم انه مجرد إجراءا تفرضه ضرورة الحال، لمنع وقوع الجريمة، او للتحري عن شخص ما ولا ترقى لمستوى القبض القضائي، أو القانوني. ويعكس هذا الخلاف نتائج على جانب كبير من الخطورة، بشأن الضمانات التي تكفل حماية أصل البراءة، والنتائج المترتبة عن هذا الأصل اثناء مباشرة هذه الإجراءات.

وعلى ضوء ذلك، سوف نناقش في هذا الفصل: الضمانات التي كفلتها التشريعات لحماية اصل البراءة عند التحفظ في مبحث أول. وفي المبحث الثاني نتناول ضمانات حماية أصل البراءة عند القبض. وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول

أثر التحفظ على حماية أصل البراءة

تمهيد وتقسيم:

يعد التحفظ من الإجراءات التي يقوم به مأمور الضبط القضائي بدون إذن من جهة القضاء، او في غير حالة الجريمة المشهودة. ولذلك يثير هذا الإجراء مشكلة تعارضه مع الضمانات الدستورية والقانونية التي تقتضي حماية أصل البراءة، وما يرتبه من نتائج، تتمثل في حماية الحرية الشخصية ، بحيث لا يجوز أن تمس، إلا بواسطة القضاء، باعتباره الحارس الطبيعي للحقوق والحريات، والأقدر على تحقيق التوازن بين حماية المصالح.

ولذلك سوف نناقش في هذا المبحث ماهية هذا الإجراء، وطبيعته والجهة الموكولة باتخاذه ، ونطاقه الزمني. ومدى الضمانات التي كفلتها التشريعات المقارنة لهذا الإجراء كأساس لحماية أصل البراءة، حتى يتحقق التوازن بين مقتضيات حفظ الأمن، واحترام الحقوق والحريات. وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

ماهية الإجراءات التحفظية وطبيعتها

أولا : مضمون التحفظ في التشريعات المقارنة :

اعطت العديد من التشريعات في بلدان مختلفة الحق لمأمور الضبط القضائي في اتخاذ إجراءات تحفظية، تتمثل في تقييد حرية بعض الأشخاص المشتبه فيهم إذا ما تبين ان هذا التقييد سوف يفيد جهة التحقيق في اكتشاف الجريمة إلى حين صدور امر بالقبض من النيابة العامة.

وقد افصح التشريع الإجرائي الفرنسي عن مضمون التحفظ، او الوضع تحت التحفظ" Garde à vue"، بانه" ذلك الإجراء الذي يتم بواسطة مأمور الضبط القضائي - دون إذن قضائي-، ضد الشخص المشتبه به، إذا توافرت اسباب معقولة تدعو إلى القول إنه قد ارتكب، أو شرع في ارتكاب جريمة من الجرائم"[1].

وقد نصت المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية المصري على إجراءات التحفظ بقولها: "... وفى غير الأحوال المبينة في المادة السابقة (اي في غير احوال التلبس التي تجيز القبض)، إذا وجدت دلائل كافية على اتهام شخص بارتكاب جناية، او جنحة سرقة، او نصب، او تعد شديد ،او مقاومة لرجال السلطة العامة بالقوة والعنف، جاز لمأمور الضبط القضائي أن يتخذ الإجراءات التحفظية المناسبة، وان يطلب فوراً من النيابة العامة، ان تصدر امراً بالقبض عليه..."[2].

ونصت المادة ١٠٤ من قانون الإجراءات الجزائية اليمني[3]، بانه: " في غير حالات الجرائم المشهودة يجوز لمأمور الضبط القضائي اتخاذ الإجراءات التحفظية المناسبة طبقا للقواعد المقررة في هذا الشان، وان يطلبوا من النيابة العامة، أن تصدر امراً بالقبض على الشخص الذي توجد دلائل كافية على اتهامه بارتكاب إحدى الجرائم الآتية:

---

(1) Jean CEDRAS:"Chronique législative",Rev.Pénitentiaire et de droit pénal. Édition,Cujas, N° 4 - décembre 2002..p 818.

(2) انظر : الدكتور اسامة عبد الله قايد" حقوق وضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلالات"دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة ١٩٩٤، ص٧٧.

(3) مجموعة القوانين الجزائية للوضوعية والإجرائية، مرجع سابق ص ١٣٤.

أولا: إذا كان متهما بإخفاء الأشياء المسروقة، أو التي استعملت أو تحصلت من جريمة.

ثانيا: إذا كان متهما في جريمة احتيال، أو تعدٍ شديد، أو تحريض على الفسق، أو الفجور، أو الدعارة، أو حيازة أو تعاطي المخدرات".

ومن الملاحظ، أن كلاً من المشرعين المصري و اليمني، لم يبينا المقصود بالإجراءات التحفظية المناسبة[1] التي يمكن لمأمور الضبط القضائي اتخاذها، أو مباشرتها ضد الأشخاص، حيث جاءت عبارات النص في كلا التشريعين بشكل عام ومطاط، فلم توضع لإجراءات التحفظ ضوابط محددة، أو مدة معينة ، كما لم يصرح بإمكانية قيام مأمور الضبط بالتحفظ على الشخص، أو استبقائه تحت تصرفه. وأما المشرع اليمني وإن كان نص المادة ١٠٤ أ.ج.[2] قد جاء عاماً ومرناً، بيد أن نص المادة ١٠٥أ.ج. جاء أكثر وضوحاً وتحديداً لمدة هذا الإجراء على ما سنوضحه لاحقا.

ثانياً : مضمون التحفظ لدى رجال الفقه :

يفرق رجال الفقه بين التحفظ كجراء فردي، وبين إجراءات التحفظ التي تضمنها النص القانوني. حيث يرى البعض، أن المقصود بإجراءات التحفظ التي نص عليه المشرع المصري هي: " الإجراءات التي يكون من شأنها، أن تحول دون فرار المتهم، أو تحول دون إتلافه، أو تشويه أدلة الاتهام"[3] .وقد تتخذ هذه الإجراءات صورة الاستيقاف، أو الاقتياد إلى مركز الشرطة أو احتجازه وقتا قليلا، أو تجريده من السلاح الذي يحمله، أو التخلي عن متاع مريب يحمله[4].

وعرف جانب من الفقه إجراءات التحفظ بأنها " إجراءات وقتية يقصد به، حمل

---

(١) انظر : الدكتور عمرو إبراهيم الوقاد: " التحفظ على الأشخاص وحقوق وضمانات المتحفظ عليه، المرجع السابق، ص٢٩. الدكتور عمر السعيد رمضان: " مبادئ قانون الإجراءات الجنائية " ، ١٩٨٥ ، ص٣١ .

(٢) وفقا للقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤ بشان الإجراءات الجزائية.

(٣) الدكتور محمود نجيب حسني: " القبض على الأشخاص"، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٢٩ .

(٤) الدكتور عمرو إبراهيم الوقاد: " التحفظ على الأشخاص وحقوق وضمانات المتحفظ عليه، المرجع السابق، ص٢٩. الدكتور عمر السعيد رمضان : " مبادئ قانون الإجراءات الجنائية " ، ١٩٨٥ ، ص٣١ .

الشخص على المكث في مكان معين، أو الانتقال إليه لفترة قصيرة، وذلك تمهيداً لاتخاذ إجراء آخر ضده"[1].

وأما التحفظ، فقد عرفه البعض بأنه " عندما يكون الشخص تحت تصرف مأمور الضبط القضائي، حتى يبت في طلب القبض عليه من النيابة العامة"[2].

وعرفه آخر، بأنه عبارة عن إجراء مقيد للحرية يأمر به مأمور الضبط القضائي لمدة محددة، تحت رقابة القضاء[3].

وهناك من عرف التحفظ، بأنه إجراء يقوم به مأمور الضبط القضائي على كل شخص في مكانه، أو في مركز الشرطة، ولمدة محددة قانونا، وذلك لضرورة جمع الاستدلالات. ويجب ان يكون التحفظ في مركز الشرطة[4].

ويظهر من تلك التعريفات، أن الفقه فرق بين الإجراءات التحفظية، والتحفظ كإجراء منفرد. فالإجراءات التحفظية هي عبارة عن مجموعة من الإجراءات التي يصدق عليها وصف أنها تحفظية، وهي تشمل - وفقاً لراي البعض-، الاستيقاف، أو الاقتياد إلى مركز الشرطة، أو احتجاز الشخص وقتاً يسيراً ، أو تجريده من السلاح الذي يحمله، أو التخلي عن متاع مريب يحمله[5].

وأما التحفظ المنفرد، فهو إجراء مقيد لحرية الشخص في التنقل لفترة قصيرة يقوم به مأمور الضبط القضائي، لضرورة جمع الاستدلالات، متى قامت أسباب

---

(1) الدكتور عوض محمد عوض : " الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية " جـ١ ، ص٢٢٩ .

(2) أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور : " الوسيط في قانون الإجراءات، مرجع سابق،ص ٦١٥ . الدكتور ممدوح إبراهيم السبكي : " حدود سلطات مأمور الضبط القضائي في التحقيق" ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨ ، ص٢٣٦.

(3)Louis Lamabert :" La garde à vue policière en droit copter.R S C, 1970.p457.
أشار إليه الدكتور هلالي عبد اللاه أحمد : " ضمانات المتهم في مواجهة القبض بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.مرجع سابق ، ص ٨٨.

(4) c'est une mesure par laquelle un officier de police judiciaire (gendarme ou fonctionnaire de police), retient dans les locaux de la police ou de la gendarmerie, pendant une durée légalement déterminée, toute personne, qui pour les nécessités de l'enquête, doit rester à la disposition des services de police.
وهذا التعريف منشور على شبكة الانترنت على الموقع التالي:
Http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/f2807.html

(5) الدكتور محمود نجيب حسني: " القبض على الأشخاص"، مرجع سابق، ص٢٩. الدكتور عمر السعيد رمضان : " مبادئ قانون الإجراءات الجنائية " ، ١٩٨٥ ، ص٣١٦ .

معقولة تدعو إلى ان شخص ارتكب، أو كان على وشك ارتكاب جريمة.ومن ثم يكون التحفظ، هو احد صور الإجراءات التحفظية.

ثالثاً: خصائص التحفظ:

من خلال التعريفات السابقة، فقد وضع رجال الفقه الجنائي جملة من الخصائص التي يتسم بها التحفظ على الأشخاص. وهي كالتالي:

١- **أنه من إجراءات الاستدلال الاستثنائية:** حيث منح القانون مأمور الضبط القضائي مكنة التحفظ على الشخص، بقصد منع فراره، أو العبث بأدلة الجريمة، أو إتلافها قبل ان يستصدر امراً بالقبض عليه[١].

فإذا كان الأصل ألا تتضمن إجراءات الاستدلال أي حجر، أو قيد على حرية المتهم، فإن إجراء التحفظ يشكل إجراء قسري يمس الحرية الشخصية في هذه المرحلة وبالتالي، فهو إجراء استدلالي استثنائي لضرورات معينة ارتآها المشرع، فأجاز التحفظ على المشتبه فيه، لحين استصدار امر بالقبض عليه[٢].

٢- **أنه إجراء مؤقت وعارض:** بمعنى انه قصير المدة، ينتهي إما بإطلاق سراح المتحفظ عليه، أو بالقبض عليه، بناء على أمر من النيابة العامة[٣].

٣- **أنه إجراء ماس بالحرية الشخصية:** ذهب بعض الفقه الجنائي إلى أن إجراء التحفظ على الأشخاص يحمل في ذاته قدراً من المساس بالحرية الشخصية، وتقييدها، حيث يسلب الأفراد حريتهم في الغدو والرواح، وكذلك حقهم في الأمن الشخصي، وذلك لضرورات الاستدلالات، لكي يتفادى أمكانية هروب المشتبه فيه، أو ضياع الأدلة[٤].

وعلى هذا الأساس، وجه لهذا الإجراء انتقاد لاذع من قبل بعض الفقه، الذي يرى

---

(١) انظر: الدكتور عبد الرحمن حسين علام: " ضمانات الحرية الفردية ضد القبض والحجز التحكمي "، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ١٨٠ وما بعدها.

(٢) الدكتور كمال عبد الرشيد محمود: " التحفظ على الأشخاص في قانون الإجراءات الجنائية دراسة مقارنة بالتشريع الفرنسي"، رسالة دكتوراه- اكاديمية الشرطة ،مصر- ١٩٨٩، ص٦٨. الدكتور أسامة عبد الله قايد: " حقوق وضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلالات"، مرجع سابق، ص ٧٩.

(٣) الدكتور كمال عبد الرشيد محمود: المرجع السابق، ص٧٣. الدكتور محمد راجح حمود نجاد: " حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلالات.."، مرجع سابق، ص٤٠٩.

(٤) انظر: الدكتور محمود نجيب حسني: " القبض على الأشخاص"، المرجع السابق،ص٢٩. الدكتور كمال عبد الرشيد محمود: المرجع السابق، ص٧٣. الدكتور محمد راجح حمود نجاد: " حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلالات.."، مرجع سابق، ص٤٠٩.
Valentine BÛCK: " Vers un contrôle plus étendu de la garde à vue ", Rev. se. crim.N°2, avr.-juin 2001,p.325.

- وبحق- انه " يمنح اغلب رجال الضبط اختصاصاً قضائياً صرفاً، وثيق الصلة بالحريات التي كفلها الدستور"[1].

٤- أنه إجراء يجد سنده في نظرية الضرورة الإجرائية:

تقوم نظرية الضرورة في إطار الإجراءات الجنائية على جعل بعض الإجراءات المخالفة للقواعد العامة تصير مباحة، إذا كانت لازمة لتحقيق الهدف المنشود منها وهي كشف الحقيقة؛ إذ إن الضرورات تبيح المحظورات"[2].

ووفقاً لذلك، إذا كان تقييد الحرية الشخصية، او سلبها لا يكون إلا بناء على امر قضائي، او في حالة التلبس، فإنه لضرورات قدرها المشرع لمصلحة كشف الحقيقة وضبط المتهم، أجاز الخروج عن القاعدة العامة، فأعطى لمأمور الضبط القضائي سلطة في التحفظ على الأشخاص المشتبه فيهم، لما في ذلك من فائدة في التوصل إلى الحقيقة من ناحية، والمحافظة على الأمن وحماية النظام العام من ناحية احرى"[3]. ولذلك يكون إجراء التحفظ الممنوح لمأمور الضبط القضائي بدون اذن قضائي وفي غير حالة الجريمة المشهودة، من تطبيقات نظرية الضرورة الإجرائية.

رابعاً : الطبيعة القانونية لإجراء التحفظ:

يهدف البحث في طبيعة هذا الإجراء الوقوف على الضوابط التي تفصل بين هذا الإجراء، وإجراء القبض الذي يشكل مساس بالحرية الشخصية؛ او بمفهوم آخر الوقوف على ما إذا كان التحفظ من إجراءات الاستدلال، أم انه من إجراءات التحقيق التي يناط بها إلى مأمور الضبط القضائي على سبيل الاستثناء.

وفي الواقع إن الآراء الفقهية قد تباينت في تحديد طبيعة هذا الإجراء ويمكننا ان نصنف هذه الآراء إلى اتجاهين:

---

(1) الدكتور رءوف عبيد ، المرجع السابق ، ص ٢٨٦ .

(2) انظر، الدكتور كمال عبد الرشيد محمود، " التحفظ على الأشخاص .." مرجع سابق، ص ٧٥. الدكتور محمد راجح حمود نجاد، " حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلالات.."، مرجع سابق، ص٤١٠. الدكتور اسامة عبد الله قايد، " حقوق وضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلالات"، مرجع سابق ، ص ٧٩.

(3) الدكتور كمال عبد الرشيد محمود، " التحفظ على الأشخاص .." مرجع سابق، ص٧٦. الدكتور محمد راجح حمود نجاد ، " حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلالات.." ، مرجع سابق ، ص٤١٠ .

الاتجاه الأول: إجراء التحفظ لا يرقى لمرتبة القبض:

ذهب انصار هذا الاتجاه إلى أن إجراءات التحفظ من إجراءات الاستدلال التي منحها المشرع لمأموري الضبط القضائي، في غير حالة التلبس. وهو إن كان يمس الحرية الشخص في التنقل لوقت يسير، وهو الوقت اللازم لإبلاغ النيابة العامة والحصول على امر القبض، فإنه لا يرقى إلى مرتبة القبض الذي يعد من إجراءات التحقيق[1].

وفي ذات الاتجاه، وصف البعض التحفظ، بأنه إجراء يتضمن بعض القيود ذات الصفة العارضة، والمؤقتة على الحق في التنقل، والتي تنتهي إما بإطلاق سراح المتحفظ عليه، وإما بتقديم طلب فوري إلى النيابة العامة لإصدار امر بالقبض[2].

وبرر انصار هذا الاتجاه مسلكهم بالقول: " إن مأمور الضبط القضائي يتخذ مثل هذا الإجراء ، باعتباره لا يستطيع- قانوناً- القبض على المشتبه فيه، ويخشى في ذات الوقت أن يفر، أو يشوه أدلة الاتهام في الوقت السابق على إصدار النيابة العامة أمراً بالقبض عليه، فيكون التحفظ هو الخيار امام مأمور الضبط القضائي"[3].

ويشترط هذا الفقه على مأمور الضبط القضائي، أن يبلغ النيابة العامة فور التحفظ على المشتبه فيه، دون تأخير. ولذلك يرى أن أي تراخي من قبل مأمور الضبط القضائي في طلب الأمر بالقبض، يعد منتهكاً للحرية الشخصية، وتقوم عليه المسئولية الجنائية والمدنية[4].

---

(1) انظر: استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور : " الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية" ، مرجع سابق ، ص٣٦٥. الدكتور فوزية عبد الستار : " شرح قانون الإجراءات الجنائية "، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠،ص٢٧٢. الدكتور مامون محمد سلامة : " الإجراءات الجنائية في التشريع المصري"، دار النهضة العربية، الجزء الأول ٢٠٠١، ص٥٢١. الدكتور حسام الدين محمد أحمد: " سلطات القبض في مرحلة قبل المحاكمة "، مرجع سابق، ص٥٣. الدكتور كمال عبد الرشيد محمود: " التحفظ على الأشخاص في قانون الإجراءات الجنائية دراسة مقارنة بالتشريع الفرنسي"رسالة دكتوراه- اكاديمية الشرطة مصر - ١٩٨٩ ، ص١٨٣ .

(2) الدكتور محمود نجيب حسني: " القبض على الأشخاص"، المرجع السابق، ص٢٩ . ولذات المؤلف " شرح قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص٥٧٧ .

(3) الدكتور محمود نجيب حسني : المرجع السابق نفسه ، ص٢٩. ولذات المؤلف " شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص٥٧٧ .

(4) الدكتور محمود نجيب حسني : " القبض على الأشخاص" ، مرجع سابق،ص٢٩

الاتجاه الثاني: إجراء التحفظ من قبيل القبض التلقائي:

ذهب جانب من الفقه[1] إلى القول بأن إجراء التحفظ، هو من قبيل القبض التلقائي، أي القبض الذي يتم بمناسبة حجز الأشخاص، ذلك ان التحفظ يتضمن بحكم اللزوم العقلي والمنطقي القبض، وإلا كيف يكون التحفظ إذا لم يتم القبض على الشخص. وانه لا يختلف عن القبض القانوني، سوى في الآثار القانونية التي تترتب عليه[2].

وفي ذات الاتجاه، ذهب البعض[3] إلى ان التحفظ على المشتبه فيه، يحمل معنى تقييد الحرية، كما يحمل معنى القبض، وانه لا يكون التحفظ مسموح به لمأمور الضبط القضائي إلا في حالتين هما: حالة الجرم المشهود (التلبس)، وحالة صدور إذن بذلك من سلطة التحقيق. وفيما عدا ذلك، لا يجوز التحفظ على الأشخاص، و إلا اعتبر ذلك من قبيل الاعتداء غير المشروع على الحرية الشخصية.

ووفقاً لهذا الراي، يعد التحفظ من إجراءات التحقيق الابتدائي، وليس من إجراءات جمع الاستدلال.

ونستخلص من هذين الرايين، ان التحفظ على الأشخاص، من قبيل الإجراءات التي تقيد حرية المشتبه فيه. وقد يتطلب ذلك قدر من استخدام القوة والقسر، وهو ما يعد قبضاً لا يختلف عن معناه القانوني، خارج حالة التلبس، أو الندب من جهة التحقيق.

رأي الباحث:

المشكلة التي يثيرها هذا الإجراء، هي طبيعته القانونية. فهو بالتأكيد ليس من طبيعة إدارية، ولا هو من قبيل القبض القضائي، لأنه لم يصدر به أمر من القضاء، ولكن هذا الإجراء لا يخفي طابعه المقيد للحرية الشخصية في التنقل، ولو لوقت قصير، وإذا كان انصار الرأي الأول قد ذهبوا إلى انه من إجراءات الاستدلال التي فرضته

---

(1) انظر: الدكتور هلالي عبد اللاه احمد: " ضمانات المتهم في مواجهة القبض بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص٨٧.

(2) الدكتور محمد على سالم عياد الحلبي: " ضمانات الحرية الشخصية اثناء التحري والاستدلال، رسالة دكتوراه -جامعة القاهرة- ١٩٨٠، ص١٣٤.

(3) انظر: الدكتور جلال ثروت وسليمان عبد المنعم: " اصول المحاكمات الجزائية"، ط١٤١٦هـ- ١٩٩٦م، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع- بيروت- ص٤٠٢.

الضرورة، ولا يرقى لمستوى القبض القانوني، فإن ذلك التبرير لا يغني من الحق شيئا، فكلا الإجراءين لا فرق بينهما من حيث الجوهر، فكلاهما مقيد للحرية الشخصية ولفترة من الزمن، وكلاهما اتخذا بحجة تحقيق مصلحة الجماعة في الحفاظ على الأمن وكشف الجريمة، وضمان المحافظة على ادلة الجريمة ومنع فرار المتهم، وكلا الإجراءين يتم عقب وقوعهما إخطار جهات التحقيق الجنائي بما يتم اتخاذه .

ولا شك، ان خطورة إجراء التحفظ على الحرية الشخصية، وعلى الحق في أصل البراءة لا يقل عن خطورة القبض.

وللحكم على ما إذا كان التحفظ يشكل إخلال بالتوازن الذي اقتضته الشرعية الدستورية في الإجراءات الجنائية بين مقتضيات حماية الحرية الشخصية، انطلاقاً من ان الأصل في الإنسان البراءة، وبين حق المجتمع في اتخاذ الإجراءات اللازمة لضبط الجريمة ، ومنها اتخاذ إجراءات التحفظ على الأشخاص المشتبه فيهم، فإن ذلك يتوقف على مقدار الضمانات التي وضعها المشرع الإجرائي في القانون المقارن لهذا الإجراء. وهو ما سنتعرض له من خلال المطالب التالية:

المطلب الثاني

ضمانات " التحفظ والقبض " في التشريع الجنائي الإسلامي

كفل التشريع الجنائي الإسلامي حق الإنسان في حرية الغدو والرواح، بدليل قوله تعالي:﴿ فَانتَشِرُوا فِي الأَرْضِ وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ ﴾[1] وقوله تعالى: ﴿ هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الأَرْضَ ذَلُولاً فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ ﴾[2].

وإذا كانت حرية التنقل هي الأصل، فإنه لا توجد حقوق، أو حريات مطلقة في التشريع الجنائي الإسلامي، فطالما اقتضت مصلحة الجماعة، ومصلحة الغير تقييد هذا الحق، فالتشريع الجنائي الإسلامي خير من وازن بين الحقوق والمصالح المختلفة، فكما حرص على حماية حقوق وحريات الفرد من أن تمس، حرص في ذات الوقت على حماية المجتمع من الاعتداء على مصالحه، او المساس بأمنه.

---

(1) سورة الجمعة الآية ١٠

(2) سورة الملك، الآية ١٥

وترتيبا على ذلك، إذا ارتكبت جريمة من الجرائم، فقد اقتضت مصلحة الجماعة في كشف مرتكبها ومعاقبته، ومتى حامت الشبهات حول شخص ما، فإن الضرورة تقتضي تقييد حريته حتى يستبان وجه الحق، وهذه الضرورة تقدر بقدرها، ما دام الأصل في الإنسان البراءة، استصحابا للحال، فلا بد من وضع ضوابط وضمانات تحمي حقوقه ، وتظهر هذه الضمانات عند تقييد حريته بالتحفظ عليه او بحبسه [1].

ويستمد التحفظ او حبس الاستظهار [2] مشروعيته، فيما روى من حديث بهز بن حكيم ان النبي ﷺ" حبس رجلا في تهمة ثم خلى عنه [3]" . وعن ابي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ "حبس في تهمة استظهاراً يوما وليلة [4]" .

وروى عبد الرزاق في مصنفه عن عراك بن مالك قال: اقبل رجلان من بني غفار حتى نزلا منزلاً فيه ناس من غطفان، فأصبح الغطفانيون وقد فقدوا بعيرين من إبلهم، واتهموا الغفاريين بهم. فأتوا بهم رسول الله ﷺ: فَحَبسَ أحد الغفاريين، وقال للآخر: اذهب فالتمس. فلم يك إلا يسيراً، حتى جاء بهما. فقال النبي ﷺلمن حبسه: استغفر لي. فقال: غفر الله لك يا رسول الله. فقال رسول الله ﷺولك [5]".

والتحفظ او ما يطلق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية " الحبس" كإجراء استظهار، هو مفسدة في فقه الموازنات بين المصالح والمفاسد، حيث رجحت فيه المصلحة

---

(1) الحبس لغة المنع وذلك في قوله تعالى " ولئن اخرنا عنهم العذاب إلى امة معدودة ليقولن ما يحبسه" وقد عرفه ابن قيم الجوزية بقوله " الحبس الشرعي "ليس" هو السجن في مكان ضيق وإنما هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه سواء كان في بيت او مسجد او كان بتوكيل نفس الخصم او وكيله عليه وملازمته له ولهذا سماه النبي صلى الله عليه وسلم اسيرا " الطرق الحكمية/ص ١٤٩ وفي تعريفه انظر :حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٢٧٦ محمد امين دار الفكر بيروت١٣٨٦ ط٢.

(2) لأن الحبس في التشريع الإسلامي على نوعين: حبس عقوبة، وحبس استظهار. فحبس العقوبة لا تكون إلا في واجب، وأما ما كان في تهمة، فإنما يستظهر بذلك ليستكشف به ما وراءه " انظر: تفسير القرطبي جـ ٦ ص٣٥٣.

(3) خرجه احمد وابو داود والنسائي والترمذي وقال حديث حسن،و قال الحاكم صحيح الإسناد. انظر : سنن الترمذي باب ما جاء في الحبس في التهمة برقم ١٤١٧، جـ٤ ، ص ٢٨. سنن ابي داود برقم ٣٦٣٠، جـ٣ ، ص ٣١٤. السنن الكبرى للنسائي ، باب الحبس في التهمة برقم٧٣٦٢، جـ٤ ص ٣٢٨. الدراري المضيئة، للأمام الشوكاني ، جـ١ ص ٤٤١. الدر المختار شرح تنوير الأبصار، جـ٥ ص ٢٧٦.

(4) الطرق الحكمية لابن القيم ، ص ١٤٧. المحلى، لابن حزم جـ ١١ ص ١٣١. نيل الأوطار، للشوكاني،جـ٧ ص ٣٢٩.

(5) مصنف عبد الرزاق جـ ١٠ ص٢١٦. فتح القدير لابن الهمام في شرح الهداية للإمام المرغيناني ، جـ ١١ ص٣٢٢. المحلى، لابن حزم، جـ ١١ ص١٣٦.

على المفسدة[1]، لضرورة حفظ حقوق الغير، وتحقيقاً لمصلحة جديرة بالحماية، وفي هذا الصدد ذهب العز بن عبد السلام- رحمه الله- في معرض حديثه عن الموازنة بين المصالح والمفاسد، مع رجحان المصلحة على المفسدة،إلى القول: إن الحبس "التحفظ" مفسدة في حق المحبوس،"لأن الأصل براءته مما ادعى عليه"، لكنه جاز حبسه لمصالح ترجح على مفسدته[2].

وقد حث فقهاء الشريعة على سرعة البت في موضوع التحفظ، لأنه مضر في المتحفظ عليه. وفي هذا ذهب الفقهاء إلى ان على الحاكم إذا جلس في مجلسه، فأول ما ينظر فيه أمر المحبوسين، لأن الحبس عذاب، وربما كان فيهم من لا يستحق البقاء..[3].

وذهب الدرديري[4]، إلى ان الحبس في الدعوى، هو" مجرد إجراء ليستبرئ أمر الشخص، فلا يحجر عليه حجراً كليا"، ومن ذلك على سبيل المثال، حبس القاضي الشخص المشهود عليه بالزنا، إلى ان يسأل عن عدالة الشهود،لأنه متهم وقد يهرب[5] او ان القاضي لم يتحقق من عدالة شهود القذف، فيحبس المتهم بالقذف إلى آخر المجلس، فإن أحضر المدعي بينته و إلا خلى سبيل المدعى عليه[6].

ومراده بهذا الحبس الملازمة فحسب، وهو ما يتفق مع مفهوم التحفظ في تشريعاتنا المعاصرة ، وعند عامة علماء المسلمين لا يتحفظ إلا على الشخص المتهم المجهول الحال، وهو الذي لا يعرف ببر ولا فجور[7] فيتحفظ عليه حتى يستبان وجه الحقيقة. والتحفظ - غالباً - ينتهي بنهاية مجلس القضاء طالما لم تثبت التهمة عليه.

ونخلص مما سبق، إلى ان التشريع الجنائي الإسلامي، اجاز استثناء التحفظ على الشخص المشتبه فيه مجهول الحال، حتى يستبان وجه الحقيقة، خروجاً على الأصل وهو استصحاب أصل البراءة، وذلك لضرورات تفرضها المصلحة العامة في كشف الحقيقة، متى قامت ضده دلائل قوية وأسباب معقولة على ارتكابه جريمة جسيمة، وخيف هربه، او فقدان الأدلة، فمثلاً إذا شهد شاهدان مستوران ظاهرهما العدالة

---

(1) انظر ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام، جـ١ ،ص ٤ وما بعدها.
(2) انظر ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام، جـ١ ،ص ١٠٠ وما بعدها.
(3) المغني لابن قدامة المقدسي ، جـ ١٠، ص٩٧. مغني المحتاج للشربيني، جـ٤، ص ٢٨٧.
(4) الشرح الكبير للدرديري، جـ ٣، ص ٣٠٦.
(5) فتح القدير، لابن الهمام ، جـ١٢ ، ص ١٩٨.
(6) المبسوط للسرخسي، جـ٩ ، ص ١٠٦.
(7) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم، جـ١ ،ص ١٤٧.

على ان مشتبهاً فيه قد ارتكب جريمة قتل، جاز التحفظ على المتهم، حتى يتحقق القاضي من عدالتهم وصدق ادعائهم،لأن شهادة عدلين في جريمة قتل، سبب معقول للتحفظ على المشتبه فيه المفترض براءته.

وعملاً بأصل البراءة،لا ينفذ هذا الإجراء الإ في نطاق ضيق، ولمدة قصيرة،قد ينتهي بنهاية مجلس القضاء، وقد يستمر يوماً وليلة، فإذا لم يتوفر الدليل ضد الشخص المتحفظ عليه، يبرأ ببراءة الأصل. ويخلى سبيله فوراً، ويُسترضى ويُعتذر له - كما فعل رسول الله ﷺ مع الغفاريين-. ومن أهم الضمانات التي كفلها التشريع الإسلامي لهذا الإجراء، أن الذي يأمر به هو الحاكم أو القاضي.

المطلب الثالث

ضمانات التحفظ في القانون الفرنسي

نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في أولها مصادر شرعية التحفظ في القانون الفرنسي، وفي ثانيهما نتناول حماية أصل البراءة أثناء إجراءات التحفظ في القانون الفرنسي.

الفرع الأول

مصادر شرعية التحفظ في فرنسا

أولاً: في الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان:

أضفت الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية مشروعية على التحفظ بموجب المادة الخامسة منها، والتي كفلت الحقوق والحريات، وبينت الحالات التي يجوز فيها المساس بهذه الحقوق والحريات، حيث جاء في البند الأول منها ان " لكل شخص الحق في الحرية والأمان، ولا يحرم أحد من هذا الحق، إلا في الحالات التالية وطبقا للإجراءات القانونية ..."[1] ، ومن هذه الحالات ما جاء في الفقرة الثالثة من البند الأول من هذه المادة: " إذا كان الاستيقاف، أو الاعتقال " التحفظ" من قبل رجال السلطة القضائية المختصة، بناء على أسباب معقولة، بأن المشتبه فيه، قد ارتكب جريمة، أو لمنعه من ارتكابها، إذا توافرت دوافع معقولة لارتكابها، أو حاول الهرب بعد القيام بارتكابها"[2].

---

(1)Article 5: de (CEDH): "1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales"
(2) "s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire=

وتعد الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان ملزمة لفرنسا[1] كما بينا سابقاً.

ثانياً : التحفظ في قانون الإجراءات الجنائية :

١- قبل تعديلات ٢٤ أغسطس ١٩٩٣ :

اضفى المشرع الفرنسي مشروعية على حالات التحفظ، وذلك منذ قانون الإجراءات الجنائية الصادر في عام ١٩٥٨[2]، حيث نصت المادة ٧٧ " قبل تعديلها" الواردة بالفصل الخاص بالاستدلالات على، أن مأمور الضبط القضائي يستطيع؛ لضرورات الاستدلالات، أن يحتجز كل شخص، تتوافر ضده دلائل، تفترض انه ارتكب جريمة او شرع في ارتكابها، كما منحه هذا الحق في أحوال التلبس بالجريمة، وفقا للمواد من ٦٣، ٦٤، ٦٥. وكذلك عند تنفيذ قرارات الندب الصادرة عن قاضي التحقيق (المادة ١٥٤)[3].

-النقد الموجه للتحفظ في ظل قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي " قبل التعديل" :

ذهب بعض الفقه الفرنسي، إلى أن إجراءات التحفظ تشكل خروجاً على أصل البراءة؛ ذلك ان القانون يعطي لرجال الشرطة صلاحيات خطيرة في مرحلة جمع الاستدلالات تمكنهم من احتجاز الشخص لمدة قد تطول وهذا الشخص يستوي أن يكون مشتبها به، او ان يكون شاهداً،ويكفي أن يكون الشخص مشكوك فيه دون اشتراط توافر دلائل كافية، ودون أن يتطلب ذلك تدخل قضائي مباشر يحد من هذه الخطورة. **ووفقا لذلك، فإن المشرع الفرنسي يكون قد انحاز لصلحة المجتمع على حساب الحرية الشخصية، ولم يراع أصل البراءة**[4].

=compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci. Http://www.france.qrd.org/texts/conv-euro-dh.html

(1)Jacques BUISSON: " La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000 ", P31 et s.
وانظر الدكتور عمرو إبراهيم الوقاد: " التحفظ على الأشخاص وحقوق وضمانات المتحفظ عليه، مرجع سابق، ص١٨ والمرجع المشار إليه في الهامش رقم ١.

(2)Jacques BUISSON: " ibid. , P31 et s.
وانظر الدكتور عمرو إبراهيم الوقاد: المرجع السابق، ص١٨.

(3)انظر في تفاصيل تلك المواد وتعديلاتها على شبكة الانترنت من خلال المواقع التالية:
Http://www.legifrance.gouv.fr/waspad/uncode?Code=cprocpel.rcv

(4)Voir: Carol VUILLEMIN-GONZALES: " La Protection de la liberté pendant la phase préparatoire ", Rev.Pén.droit pénal, N° 1, AVRIL 2001, p101-123.
وانظر، الدكتور كمال عبد الرشيد محمود: " التحفظ على الأشخاص في قانون الإجراءات الجنائية دراسة مقارنة بالتشريع الفرنسي"، رسالة دكتوراه- اكاديمية الشرطة، مصر - ١٩٨٩، ص٥٢٠.

ومن الانتقادات التي كانت وجهت لهذا الإجراء من قبل بعض رجال الفقه الفرنسي، انه يؤدي إلى جمع الأدلة، في ظل ظروف لا تتوفر فيها اي ضمانات للدفاع، كما هو الحال في القبض[1].

٢- موقف قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي من التحفظ بعد تعديلات ٢٤ أغسطس ١٩٩٢ :

نظراً للانتقادات اللاذعة التي وجهتها المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، لفرنسا بسبب مخالفتها للحق في أصل البراءة، وما يستتبع ذلك من ضمانات تدعم هذا المبدأ، وفي مقدمتها، إتاحة الفرصة للشخص المتحفظ عليه للدفاع عن نفسه، فقد كان ذلك دافعا للمشرع للقيام بإدخال جملة من التعديلات شملت إجراءات التحفظ، بدأها من ٤ يناير ١٩٩٣ ثم أعقبها في٢٤ اغسطس ١٩٩٣[2].

ومن الجدير بالذكر أن الدراسات التي أجريت في فرنسا في الأعوام ما بين ١٩٨٨ إلى ١٩٩٧ اثبتت ان نسبة التجاوزات في اتخاذ إجراءات التحفظ، قد ارتفعت بشكل ملحوظ لتصل في عام ١٩٩٢ إلى ذروتها، قبل ان تنخفض بشكل كبير في عام ١٩٩٣ ، بسبب التطبيقات الصارمة، التي اتت مع قانون ٤ يناير ١٩٩٣. ثم ما لبث الحال وان عادت التجاوزات في استعمال التحفظ ليرتفع من جديد في الأعوام التالية، ليصل إلى

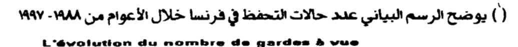
---

(1)Roger Merle, et André Vitu:" traité de droit criminel procédure pénale",op.cit, n°298 .Valentine BÛCK: " Vers un contrôle plus étendu de la garde à vue ", Rev. se. crim.N°2, avr.-juin 2001, p.325.

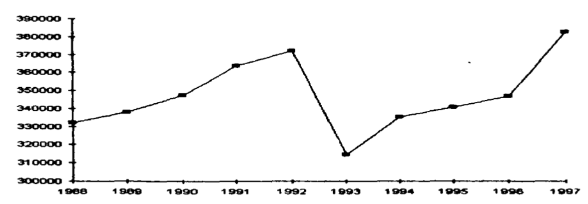
(2) ادانت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان ، الحكومة الفرنسية في قضية توماسي في ٢٧ اغسطس ١٩٩٢، وقد سبق بيان قضيته . حيث انتهت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، إلى ثبوت وقائع التعذيب بناء على تقارير طبية، اعدت في حينه، وأنها متتابعة ومتطابقة، وادانت فرنسا لمخالفتها للمادة الثالثة من الاتفاقية الأوربية، والتي تمنع التعذيب، والمعاملة غير الإنسانية، ومخالفتها للمادة الخامسة في فقرتها الثالثة التي تفرض عرض الشخص المتحفظ عليه، او الذي القي القبض عليه فوراً أمام القضاء المختص.
Voir:Pierre BELIVEAU:"Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, Réflexions sur les convergences et divergences entre les garanties constitutionnelles en droits européen et Canadien, Travaux de l'institut de sciences criminelles de poitiérs",Volume XVI-Questions contemporaines de science criminelle, Sous la direction de Jean PRADEL, Editions Cujas, 1996, p. 80 et s. Capron Céeile - " le rôle de l'avocat lors de la garde à vue"- 1993 - 1994.p8. Christophe Hubert: " le nouveau droit de la garde à vue." Rev. Jur - 2001 - N° 1 - Doc.p.77. Dominique Noëlle COMMARET: Procédure pénale,Dalloz, Rev. Se. crim.n2, avr.-juin 2002, p348.

اعلى مستوى له في العام ١٩٩٧ وهو اعلى من سابقه[١] .

ونظراً لأن التعديلات التي أدخلها المشرع لم تف بالغرض منها، إذ لم تحقق التوازن المطلوب بين أهمية الحفاظ على المصلحة العامة، وضرورة عدم التضحية بمتطلبات الحرية الفردية، وحق الشخص في أصل البراءة[٢]، ورغبة في الوصول إلى التوازن الذي يضمن تحقيق المصلحة العامة، بأقل قدر ممكن من المساس بالحريات الفردية[٣]، فقد تم تشكيل لجان من قبل وزارة العدل الفرنسية للنظر في كيفية تنظيم هذا الموضوع، وانتهي بها المطاف إلى إصدار قانون " تدعيم حماية قرينة البراءة وحقوق المجني عليه "، في ١٥ يونيه ٢٠٠٠ - كما سبق أن ذكرنا من قبل-، وقد عدلت بعض نصوصه . في قانون ٤مارس ٢٠٠٢[٤]، ثم ادخلت تعديلات جديدة عليه في قانون ٩ مارس ٢٠٠٤ [٥] .


(١) يوضح الرسم البياني عدد حالات التحفظ في فرنسا خلال الأعوام من ١٩٨٨- ١٩٩٧

L'évolution du nombre de gardes à vue



Voir:Charles JOLIBOIS :"Projet de loi sur la présomption d'innocence et propositions de loi relatives aux gardes à vue et à la détention provisoire, RAPPORT 419 (98-99) - commission des lois . http://www.senat.fr/rap/l98-419/l98-419.html

(٢)Jacques BUISSON: La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes" Dalloz,R.S.C.N°1, janv.-mars 2001, p25.

(٣)Jacques BUISSON: ibid. p25.

(٤) الدكتور إدريان شارل دنا : " محاضرات القيت على طلاب دبلوم القانون الجنائي — جامعة عين شمس ، ابريل ٢٠٠٢ ، ترجمة استاذنا الدكتور محمد ابو العلا عقيدة . وانظر

(٥) Loi N° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. J.O n° 59 du 10 mars 2004 page 4567 texte n° 1

انظر هذا القانون على شبكة الانترنت في الموقع التالي :

http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnCode?code=CPROCPEL.rcv

ويأتي حرص المشرع الفرنسي على إدخال هذه التعديلات، ومنها بطبيعة الحال تعديل نظام التحفظ،كونه احد أخطر الإجراءات التي يملك مأمور الضبط القضائي اتخاذها في مرحلة جمع الاستدلالات، وما يمثله ذلك من اعتداء على أصل البراءة، وعلى الحق في حرية التنقل، ولو لفترة قصيرة من الوقت، بدون إذن من القضاء[1].

و لكون التحفظ يختلط بالقبض بدون أمر. وأن القانون الفرنسي لا يعطي مأمور الضبط القضائي حق القبض على الأفراد خارج حالة التلبس بالجريمة ،إلا بإذن من القضاء، فقد قصد المشرع الفرنسي بالتعديلات الأخيرة، أن يحيط التحفظ بالعديد من الضمانات، وأن يؤكد على طبيعته الاستثنائية[2].

الفرع الثاني

حماية أصل البراءة أثناء التحفظ في القانون الفرنسي

حرص المشرع الفرنسي في تعديلاته التي ادخلها على قانون الإجراءات الجنائية بموجب قانون تدعيم حماية " قرينة البراءة" وحقوق المجني عليه في توفير ضمانات للشخص المتحفظ عليه في مرحلة جمع الاستدلالات، تناولتها المواد(٦٣، ٧٧، ١٥٤ بعد تعديلاتها). بهدف تحقيق التوازن المنشود بين الحقوق والحريات الفردية وحماية المصلحة العامة.

ولأهمية الضمانات التي نص عليها المشرع الفرنسي لحماية أصل البراءة في حالات التحفظ على المشتبه فيه، فسوف نتناولها على النحو التالي:

أولاً: قصر التحفظ فقط على الشخص المشتبه فيه دون الشاهد.

" Limitation des possibilités de placement en garde à vue"

كان المشرع الفرنسي قد اتجه منذ قانون ١٩٥٨ نحو إعطاء مأمور الضبط

---

(1)Carol VUILLEMIN-GONZALES: "La Protection de la liberté pendant la phase préparatoire ",Op.Cit. p104.

الدكتور إدريان شارل دانا ، مرجع سابق .

(2)Valentine BÛCK: " Vers un contrôle plus étendu de la garde à vue ",op. Cit. p *326. voir aussi : Ministère de la justice circulaires du 1er octobre au 31 décembre* 2000 (- 4 décembre 2000)- présentation des dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes concernant la garde à vue et l'enquête de police judiciaire Http://www.justice.gouv.fr/actua/bo/dacg86c.htm

القضائي صلاحيات واسعة، بوضع اي شخص تحت التحفظ، طالما اقتضت الضرورة ذلك، حيث سمح له بالتحفظ على اي شخص، سواء كان مشتبه فيه بارتكابه جريمة[1]، او كان من الشهود[2]، وسواء اكان ذلك في مرحلة جمع الاستدلال، وفقاً لنص المادة ٧٧، او في حالات التلبس، وفقاً للمادة ٦٣، او في حالة الندب للتحقيق، وفقاً للمادة ١٥٤قبل تعديلاتها. وبطبيعة الحال أُستثني من هؤلاء الأشخاص، المتمتعين بالحصانات الدبلوماسية، والبرلمانية، ورجال القضاء، وصغار السن دون عشر سنوات[3].

وهذا التوسع كان محل انتقاد من قبل القضاء والفقه، فقد اعتبر المجلس الأوربي هذا التوسع مخالفاً للاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية[4].

وكذلك انتقدت محكمة النقض الفرنسية هذا التوسع؛ حيث اوضحت أن التحفظ يعد متعارضاً مع الفقرة الثالثة، من المادة الخامسة، من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، والتي تقرر ضرورة إخضاع الأشخاص المقبوض عليهم، او المتحفظ عليهم للتحقيق القضائي، ومن ثم فقد قضت بإلغاء التحفظ بالنسبة للشاهد في مرحلة جمع الاستدلالات، ولكنها أبقت عليه في نطاق حالات التلبس[5].

وايضاً انتقد بعض الفقه الفرنسي هذا التوسع، إذ يرى البعض- وبحق- انه يمس مساساً جسيماً بحق الإنسان في اصل البراءة، وحقه في حرية التنقل. فإذا كان المشتبه فيه بريء حتى تثبت إدانته، فإن الشاهد العادي بريء بصورة مطلقة[6].

---

(1) فرق القانون الجديد في فرنسا بين اللفظ الذي يطلق على الشخص المتحفظ عليه ففي حالة التحفظ على الشخص في حالة الجريمة المشهودة او في حالة الندب للتحقيق يطلق عليه " الشخص المتهم " أما الشخص الذي توجد ضده أسباب معقولة تفترض انه ارتكب أو شرع في ارتكاب جريمة" فقد وصفه القانون منذ الآن بانه "الشخص المشتبه فيه" انظر

Jacques BUISSON : La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000, op. cit. p30.

(2) voir: Jacques BUISSON : ibid.p30 et s.

(3) انظر تفصيلا، المستشار الدكتور محمد ابو العينين: " الحصانة البرلمانية " مجلة القضاة، العدد الأول سنة ١٩٨١، ص١١٤. الدكتور عمرو إبراهيم الوقاد: " التحفظ على الأشخاص.. "، مرجع سابق، ٣٦.

(4)Anne TEISSIER :" Garde à vue et droits de la défense, Rev. Péni.droit pénal.Cujas, N° 1, AVRIL 2001, P32.

(5)cass.crim.28 janv.1992 .b.321,p76.

اشار إليه، الدكتور عمرو ابراهيم الوقاد: المرجع السابق، ص٤١.

(6)Valentine BÜCK: " Vers un contrôle plus étendu de la garde à vue ", R.S.C.N°2, avr.-juin 2001, p.325.Christine Lazerges :" Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes : histoire d'une navette parlementaire, Dalloz, R.S.C.,N°1, janv.-mars 2001, P12.

ووفقا لتلك الاعتراضات. فقد أجريت تعديلات كثيرة كشفت عنها قوانين ٤يناير و٢٤ اغسطس ١٩٩٣. وهي تعديلات اوحت بها تقارير لجنة "العدالة الجنائية وحقوق الإنسان " والتي اوصت بإصلاحات حقيقة وجذرية تحترم الحقوق والحريات وبفضلهم، تم وضع ضمانات للتحفظ، وتم وضع آليات جديدة لحماية الشخص الذي يخضع لهذا الإجراء[١].

ومع تلك التعديلات. فإن بعض الفقه الفرنسي يرى، أن المشكلة ما زالت قائمة فرجال البوليس، يملكون سلطة التحفظ على اي شخص، بحجة ضرورات جمع الاستدلال. دون تفريق بين الشخص المشتبه فيه، وبين الشاهد البسيط، وهذا الحق الذي يملكونه ما زال يشكل خطورة على الحق في أصل البراءة، وما يتفرع عنه من حقوق، حيث بدا من المهم القول بأنه، إذا كان الشخص المشتبه فيه يفترض أنه بريء فإن الشاهد البسيط بريء كلياً، وبالتالي يشكل ذلك انتهاكاً للحرية الشخصية [٢]

وإزاء هذه الوضع، وحرصا من المشرع الفرنسي على حماية أصل البراءة، عدل النص بموجب قانون " تدعيم حماية قرينة البراءة.." في ١٥ يونيه٢٠٠٠، وأصبح من غير الممكن في مرحلة جمع الاستدلالات التحفظ على الأشخاص الذين لا تتوافر في شأنهم اسباب معقولة تفترض أنهم ارتكبوا، أو شرعوا في ارتكاب جريمة، إلا للوقت للازم لسماع اقوالهم[٣].

---

(١)Jacques BUISSON : La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000, op. cit. p25.

(٢)Muriel GUERRIN:" Les changements opérés par la loi relative à la présomption d'innocence sur les nullités de procédure dans la phase préalable au jugement pénal " R.S.C.N°4, oct.-déc. 2000 , P758.

Christine Lazerges : Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes, op. Cit. P12.

Valentine BÛCK: " Vers un contrôle plus étendu de la garde à vue ", op. cit.p325.

(٣)Christine Lazerges : Ibid. P12.

وانظر نص المادة ٦٢ الفقرة الأخيرة من قانون الإجراءات الجنائية والمعدلة أخيرا بموجب القانون رقم٢٠٤ في٩مارس٢٠٠٤:

Article 62 du Code de procédure pénale :(Ordonnance n° 60-121 du 13 février 1960 art.1 Journal Officiel du 14 février 1960) (Ordonnance n° 60-529 du 4 juin 1960 art. 2 Journal Officiel du 8 juin 1960) (Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 8 Journal Officiel du 5 janvier 1993 en vigueur le 1er mars 1993) (Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 4 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001) (Loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 art. 2 Journal Officiel du 5 mars 2002) (Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 art. 82 I Journal Officiel du 10 mars 2004)

Les personnes à l'encontre desquelles il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction ne peuvent être retenues que le temps strictement nécessaire à leur audition.

ثانياً : توافر أسباب معقولة تدفع إلى التحفظ :

عدل المشرع الفرنسي نص المادة ١٧٧ ا.ج.فرنسي بموجب قانون تدعيم حماية " قرينة البراءة "، بحيث اصبح منطوقها هو ان " مأمور الضبط القضائي يستطيع لضرورات جمع الاستدلالات، ان يتحفظ على كُلِّ شخص تتوافر ضده دلائل تفترض انه ارتكب، أو شرع في ارتكاب جريمة..." اما إذا كان الشخص هو شاهد عادي، ولا توجد ضده دلائل كافية تشير إلى ارتكابه جريمة، او شروعه في ارتكابها، فلا يجوز احتجازه[1].

ويبقى تساؤل يفرضه منطوق النص، وهو الدلائل التي يتطلبها التحفظ، فهل هناك معيار لضبطها ؟ ومن هو صاحب الاختصاص بتقدير تلك الدلائل؟

والواقع ان المشرع الفرنسي لم يشترط أن تكون الدلائل على قدر معين من الخطورة، لكي يسمح بالوضع تحت التحفظ[2]، بل يكفي ان تكون الدلائل مادية، أو مجرد اتهام من شخص ما، كالمجني عليه، او الشاهد لشخص آخر، أو إفادة من قبل شخص تتعارض اقواله، مع ما لاحظه مأمور الضبط القضائي، او لمجرد قيام الشخص المتواجد بمكان الجريمة بتصرفات غير مألوفة[3].

وعلى اية حال، فإن شرط التحفظ على الشخص بتوافر دلائل تشير إلى ارتكابه، او شروعه في ارتكاب جريمة، قد تم تعديله، ليصبح حالياً أن تتوافر اسباب معقولة تدفع إلى الاعتقاد، بأنه ارتكب، أو شرع في ارتكاب جريمة[4]، ذلك ان إثبات وجود سبب منطقي للشك أسهل كثيراً، عن إثبات دلائل مادية، لأن مفهوم الأسباب المعقولة تتوافر كلما كان الاعتقاد مبنيا على وقائع شخصية، او موضوعية، توحي بأن المشتبه فيه، هو من ارتكب او شرع في ارتكاب جريمة. غير أن هذه الوقائع لا ترقى إلى مستوى اليقين من ارتكابها[5].

---

(1)ministère de la justice circulaires du 1er octobre au 31 décembre 2000.Op.cit.

(2) ministère de la justice. Ibid.

(3)Roger Merle,et André Vitu:"Traité de droit criminel procédure pénale", op.cit,n°298. Carol VU1LLEMIN-GONZALES: " La Protection de la liberté pendant la phase préparatoire ", op.cit. p107.

(4)Florence MASSIAS:" chronique internationale",Droits de l'homme R.S.C. N °2, avr.-juin 2002, P414.

(5)الدكتور ادريان شارل دانا ، مرجع سابق.

ويرجع هذا التعديل نتيجة الاعتراضات التي وجهت من قبل رجال البوليس، كون النص السابق يضيق من نطاق سلطاتهم في التحفظ، ويقصره بالدلائل المادية فحسب، ولا يأخذ بالمظاهر النفسية والمعنوية التي قد تظهر على الأشخاص المشتبه فيهم، الأمر الذي تسبب معه - بالإضافة إلى أسباب أخرى- على مستوى الواقع الاجتماعي والأمني إفلات العديد من الأشخاص المشتبه في ارتكابهم للجرائم، فكثرت الاعتداءات، والسرقات وبخاصة في الطريق العام ، وزاد الشعور بعدم الأمان، مما دفع المشرع الفرنسي إلى إجراء تعديل على نص المادة ٧٧[1]، وتم إعادة صياغته بموجب قانون ٤مارس عام ٢٠٠٢، ليصبح الشرط - كما قلنا -هو ضرورة توافر "أسباب معقولة للشك" في ارتكاب أو الشروع في ارتكاب جريمة[2] بدلاً عن لفظ دلائل كافية.

ويتوقف تقدير توافر الأسباب المعقولة، وفقاً لما قضت به محكمة النقض الفرنسية. لمأمور الضبط القضائي، تحت رقابة محكمة الموضوع[3].

ثالثاً : إبلاغ المتحفظ عليه بحقوقه:

اقر المشرع الفرنسي للشخص المتحفظ عليه بجملة من الحقوق التي تصب جميعها في إطار دعم حماية اصل البراءة. وهي على النحو التالي:

١- الوقت اللازم لإبلاغ الشخص المتحفظ عليه بحقوقه:

فرض القانون الفرنسي على مأمور الضبط القضائي. إبلاغ المتحفظ عليه بحقوقه بشكل فوري Immédiatement، منذ بدء التحفظ[4].وعليه ان يثبت ما

---

(١) المرجع السابق .

(٢)Révision de la article (77) de modification résultant de la loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 art. 1 journal officiel du 5 mars 2002) voir: Jean CEDRAS : Chronique législative, Rev. Pénitentiaire et de droit pénal. Édition,Cujas, N° 4 - décembre 2002, P818.

(٣)Jacques BUISSON : ibid., P28 . Valentine BÛCK: Ibid.p.332.

(٤) انظر نص الفقرة الأولى من المادة ٦٣ من قانون الإجراءات الجنائية؛

Article 63-1: du Code de procédure pénale (Loi n° 81-82 du 2 février 1981 art. 39-i Journal Officiel du 3 février 1981) (Loi n° 83-466 du 10 juin 1983 art. 17 Journal Officiel du 27 juin 1983) (Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 10 Journal Officiel du 5 janvier 1993 en vigueur le 1er mars 1993) (Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 art. 2 Journal Officiel du 25 août 1993 en vigueur le 2 septembre 1993) (Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 7, 8 et 9 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001) (Loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 art. 3 Journal Officiel du 5 mars 2002) (Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 art. 19 Journal Officiel du 19 mars 2003) (Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 art. 81 Journal Officiel du 10 mars 2004)

Toute personne placée en garde à vue est immédiatement informée par un officier de police judiciaire, ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police=

يفيد الإبلاغ بهذه الحقوق في محضر جمع الاستدلالات، ويوقع عليه المتحفظ عليه، وفي حالة امتناع هذا الأخير عن التوقيع يتم إثبات ذلك في المحضر[1].

وإذا كان المشرع قد اشترط ضرورة إبلاغ الشخص المتحفظ عليه بحقوقه منذ بدء التحفظ، فإنه لم يحدد الطريقة أو الكيفية التي يتم بها الإبلاغ، بمعنى آخر هل يكون الإبلاغ كتابة أم مشافهة ؟

واجابت على هذا التساؤل المحكمة العليا الفرنسية، حيثُ أقرت بأنَّ هذا الإبلاغ يُمكنُ أن يكُون شفويا[2]. وبالنسبة لشرط الإبلاغ الكتابي، فإنه فقط مطلوب قانونيا في الحالات التي تسمحُ بتطبيقه، وذلك وفقا لما تقتضيه المصلحة[3].

٢- الأثر المترتب على تأخر مأمور الضبط القضائي عن إخطار المتحفظ عليه بحقوقه .

يثار تساؤل على جانب كبير من الأهمية عن الأثر المترتب عند تأخر مأمور الضبط القضائي في إبلاغ الشخص المتحفظ عليه بحقوقه التي كفلها له القانون. فهل يترتب على ذلك بطلان الإجراء؟

و الواقع أن العديد من احكام النقض الفرنسية فرقت بين حالة التأخير المبرر وحالة التأخير غير المبرر. ففي حالة التأخير المبرر retard justifié، لا يرتب البطلان حتما[4]. اما في حالة التأخير غير المبرر، retard injustifié، فإنه ينبغي التعرف على المهلة الزمنية المعقولة التي يقتضيها مثل هذا الإخطار للقول، بأن مأمور الضبط القضائي قد تجاوز هذه المدة[5].

وقد اعتبرت محكمة النقض، بأن التأخير يكون مبرراً في الحالات التي تتوافر فيها

=judiciaire, de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête, des droits mentionnés aux articles 63-2, 63-3 et 63-4 ainsi que des dispositions relatives à la durée de la garde à vue prévues par l'article 63.

(1) JACQUES BUISSON: Ibid. p32.

(2)Cass. crim.12 février 1997, A lassey, Juris-Data N° 0013411.

(3) JACQUES BUISSON: Ibid. p32.

(4)Cass.Crim. Du 3 décembre 1996, Bull.crim.n°443.voir: Valentine BÛCK: " Vers un contrôle plus étendu de la garde à vue ", op. cit. p.335.

الدكتور مجدي انور حبشي، " ضمانات المتهم في ضوء التعديلات الحديثة في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ١٤ وما بعدها.

(5)Valentine BÛCK:"Vers un contrôle plus étendu de la garde à vue ",op. cit.p.335.

ظروف لا يمكن تحاشيها "circonstances insurmontables"[1].

واقرت العديد من احكام النقض الفرنسية، بوجود حالات وظروف استثنائية تجعل من الصعوبة بمكان إبلاغ المتحفظ عليه بشكل فوري بهذه الحقوق[2].

ومن تلك الحالات وجود الشخص المتحفظ عليه تحت تأثير السُكر، فذلك يقتضي أن يمتد الإبلاغ إلى حين يسترد وعيه ويصحو من سكرته، بحيث يستطيع ان يعي بهذه الحقوق، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في أحد احكامها[3].

وكذلك من الممكن ان يكون التأخير في إبلاغ الشخص للتحفظ عليه بحقوقه نظراً لأنه لا يجيد اللغة الفرنسية. وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن قيام مترجم اللغة.. بإبلاغ الشخص المتحفظ عليه بحقوقه بعد انقضاء أربع ساعات وعشر دقائق من وقت التحفظ، يعد تأخيراً مبرراً[4].

ومن تطبيقات التأخير المبرر، ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية إلى ان التأخير في إخطار المتحفظ عليه بحقوقه لفترة خمس ساعات و٢٠ دقيقة،لا يعد ذلك تأخيراً غير مبرر، طالما أن هذا التأخير قد ترتب على وجود عدد كبير من المتجمهرين امام مقر الشرطة، مما ترتب عليه تأخير عرض للتحفظ عليه على مأمور الضبط القضائي[5].

وعلى النقيض من ذلك اعتبرت محكمة النقض الفرنسية، ان التأخير لا يعد مبرراً

---

(1)« tout retard » (...) « non justifié par une circonstance insurmontable porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée »voir : cass. Crim. Du 3 avril 1995 Rejet,N° 94-81.792.- CA Cass. Crim.du 11 octobre 2000. Rejet et Cassation Partielle N° 00-82.238. - C.A. Grenoble.

Cass. Crim. du 1 7 mai 2000, Procédure 2000, n" 205 ;cass. Crim. Du 14 décembre 1999 : 2 arrêts, par: Valentine BÛCK: ibid.p.335.

(2) jean pradel: "droit pénal tome II. Procédure pénal .1997. P395.

(3) cass. Crim. du 3 avril 1995. N° 94-81.792.

Cass. Crim. Du 28 juillet 1999, n° 99-83 193.; cour d'appel de Versailles du 19 décembre 1995, Droit pénal 1996, n" 90; cass. Crim. Du 3 avril 1995, Droit pénal 1995, n° 187.

(4)cass. Crim. du 11 Février 1998, n° 97-85 542. n° 1408, par: Valentine BÛCK: ibid. p.335.

(5)Cass.Crim.du 10 avril 1996, Procédures 1996, n° 229. Par Valentine BÛCK: ibid.p.335.

في حالة عدم قيام مأمور الضبط القضائي، بإخطار المتحفظ عليه بحقوقه، إلا بعد مرور ست عشرة ساعة من التحفظ، بحجة أن المترجم كان مشغولاً، بينما أنه كان من الممكن انتداب مترجم آخر[1].

وقضت محكمة النقض بعدم صحة الإجراءات في واقعة تتلخص في اقتياد شخص وجد في حالة تلبس إلى قسم الشرطة، وبعد فترة حجز استمرت ثلاث وعشرين ساعة وخمس وثلاثون دقيقه، قام مأمور الضبط القضائي بإبلاغه بحقوقه المنصوص عليها في القانون، حيث قضت المحكمة، أن الإبلاغ لم يتم فوراً، الأمر الذي يشكل انتهاكاً لنص المادة ١/٦٣ من قانون الإجراءات الجنائية[2].

وقضت أيضا بعدم سلامة الإجراءات المتخذة بواسطة مأمور الضبط القضائي حين قام بإبلاغ المتحفظ عليه بحقوقه بعد مضي ساعة وعشرون دقيقة من زوال السكر، حيث قضت المحكمة، بأن هذا الإبلاغ كان متأخراً[3].

والملاحظ من أحكام محكمة النقض الفرنسية في تقدير ما إذا كان التأخير مبرراً أو غير مبرر، يَعتمدُ في الأساس على التقدير الشخصي لكل واقعة على حدة. ويترتب على ذلك، أن ما يعد مبرراً في حالة معينة، لا يعد كذلك في حالة أخرى. **وهذا المذهب التقديري، هو ما تعتقد سلامته، حيث يكفل الرقابة القضائية على مدى احترام مأمور الضبط القضائي للقواعد التي فرضها القانون لكل واقعة على حده. ومن ثم يمنع ذلك من أي تعسف يمكن أن يحدث.**

٢- إبلاغ المتحفظ عليه بلغة يفهمها:

لكي يتم إبلاغ الشخص المتحفظ عليه بحقوقه على وجه سليم، من المهم أن يكون على علم تام وإدراك واع بحقوقه. فإذا كانت هناك عوائق تمنع علمه وإدراكه لهذه الحقوق، كأن يكون أصماً، أو أبكماً ولا يستطيع القراءة والكتابة وجب معاونته بمترجم للغة الإشارة، أو باستخدام أي جهاز تقني يمكن من خلاله الاتصال بالشخص الأصم، أو الأبكم. وكذلك الأمر بالنسبة للشخص الذي لا يجيد اللغة يتعين الاستعانة بمترجم يوضح له حقوقه[4].

---

(1) Cass. Crim.du 3 décembre 1996 CASSATION n° 96-84.503.- CA Paris.

(2) Cass. Crim 30 avril 1996 cassation partielle. Op.cit.

(3) Cass. Crim 4 avril 1996.op.cit.

(4) Article 63-1 du Code de procédure pénale. "…. Si cette personne est atteinte de surdité et qu'elle ne sait ni lire ni écrire, elle doit être assistée par un interprète en

٤- إبلاغ المتحفظ عيه بأسباب حجزه:

من حق كل شخص متحفظ عليه أن يعرف السبب الذي ادى إلى التحفظ عليه. وقد تقرر هذا الحق بموجب المادة الخامسة الفقرة الثانية من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، حيث تنص على ان " كل شخص يتم توقيفه ، له الحق في ان يتم إبلاغه في اقصر فترة ممكنة، بأسباب هذا التوقيف، وكذلك بكل الاتهامات التي يمكن ان توجه إليه"[١]. وقد اكدت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، أن هذا النص يطبق كذلك في مرحلة جمع الاستدلالات[٢] .

وقد فرض المشرع الفرنسي إبلاغ المشتبه فيه بطبيعة الجريمة التي يتم بشأنها الاستدلال. وليس من شك أن الإبلاغ بهذا الحق، له اهميته للشخص المتحفظ عليه حتى يدرك خطورة ومدى ما يواجهه من اتهامات[٣] .

٥- حق المتحفظ عليه في الاتصال بالأقارب دون تأخير:

الزم المشرع الفرنسي مأمور الضبط القضائي، أو مساعديهم من رجال الضبط بإبلاغ المتحفظ عليه بحقه في الاتصال بأحد الأقارب[٤] .

وكان المشرع الفرنسي قد نص بمقتضى التعديلات التي ادخلها في عام ١٩٩٣ في المادة (٦٣-٢) على ان " لكل شخص تم التحفظ عليه، الحق في ان يلبى طلبه، في ان يخطر تلفونياً، الشخص الذي يعيش معه بشكل معتاد، او احد اقاربه المتصلين به مباشرة ، كأحد إخوته وأخواته، أو رب العمل بموضوع احتجازه. وقد وجه لهذا النص انتقاد، كونه لم يتضمن موعداً زمنياً للنظر في الطلب، والفصل فيه[٥] .

ومنذ التعديلات التي ادخلها المشرع بموجب قانون تدعيم حماية " قرينة البراءة"

---

langue des signes ou par toute personne qualifiée maîtrisant un langage ou une méthode permettant de communiquer avec des sourds. Il peut également être recouru à tout dispositif technique permettant de communiquer avec une personne atteinte de surdité ".

([١])Article 5/2." Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle.

([٢])JACQUES BUISSON: La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes" Op. Cit. , p32.

([٣]) الدكتور مدحت رمضان، المرجع السابق، ص٤٢.

([٤])Jacques BUISSON : Ibid. P36 .

([٥])bulletin officiel du ministère de la justice Http://www.justice.gouv.fr/actua/bo/dacg86c.htm

اضاف المشرع إلى هذا النص عبارة " بدون تاخير sans délai "

ويفهم من ذلك، أنه إذا طلب الشخص المتحفظ عليه من مأمور الضبط القضائي ان يتصل بأحد من ذويه، او من الأشخاص الذين حددهم النص، وجب عليه ان يلبي طلبه دون تأخير. بيد أن لفظ " دون تأخير " هو لفظ مطاط، فهو لم يحدد على وجه الدقة المدة الزمنية، التي ينبغي إن يتم فيها تلبية طلب المتحفظ عليه، في إبلاغ من طلبهم. وعدم تحديد الوقت بدقة يعد بمثابة ثغرة تشريعية، يسمح من خلالها لمأمور الضبط القضائي ببعض التجاوزات التي يراها مفيدة، في نطاق جمع الاستدلالات. خصوصا وأن هناك من قد يرى، أن يؤجل هذا الإبلاغ، و بما يتوافق مع ما يراه من متطلبات لجمع الاستدلال، فمثلاً تأخيره، إلى حين التحري عن مسكن الشخص المتحفظ عليه[1].

وحرصا من المشرع الفرنسي على تحقيق احترام أصل البراءة، فقد عدل من نص للمادة ٦٣-٢، بموجب القانون رقم ٣٠٧ الصادر في ٤ مارس ٢٠٠٢، حيث اصبح النص يتطلب ان يتم الإبلاغ على اكثر تقدير خلال مدة الثلاث الساعات الأولى من بدء التحفظ[2]. وهذه الفترة الزمنية تتيح فرصة إبلاغ ذويه بأمر التحفظ عليه، وهي فترة زمنية معقولة.

ومن الجدير بالذكر، ان هذا الحق، من شانه ان يدعم اصل البراءة، والحق في الدفاع من خلال ما يتيحه من سرعة في إيجاد مدافع، وترتيب وسائل الدفاع المختلفة كالبحث عن شهود النفي وغيرها[3]..

-قيود تطبيق هذا الحق :

يشترط لتطبيق هذا الحق، ان يكون الاتصال التليفوني الذي سيجريه المتحفظ

---

(1) voir: bulletin officiel du ministère de la justice .op.cit .

(2)Article 63-2 : de Code de procédure pénale (Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 10 Journal Officiel du 5 janvier 1993 en vigueur le 1er mars 1993)(Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 art. 2 Journal Officiel du 25 août 1993 en vigueur le 2 septembre 1993)(Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 10 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001 rectificatif JORF 8 juillet 2000) (Loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 art. 3 Journal Officiel du 5 mars 2002) "Toute personne placée en garde à vue peut, à sa demande, faire prévenir dans le délai prévu au dernier alinéa de l'article 63-1, par téléphone, une personne avec laquelle elle vit habituellement ou l'un de ses parents en ligne directe, l'un de ses frères et soeurs ou son employeur de la mesure dont elle est l'objet..."

(3) الدكتور محمد كبيش ، " تاكيد الحريات والحقوق الفردية في الإجراءات الجنائية " دراسة للتعديلات الحديثة في القانون الفرنسي " ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١، ص٨٤ .

عليه غير مؤثر على إجراءات جمع الاستدلال[1].

وقد وضع المشرع الفرنسي قيداً على تطبيق هذا الحق، في حالة ما إذا اقتضت ضرورات جمع الاستدلال عدم تلبية طلب المتحفظ عليه، بإجراء هذا الاتصال. ولكن المشرع الفرنسي قد اشترط لذلك، ان يتقدم مأمور الضبط القضائي، بدون تأخير بطلب إلى مدعي الجمهورية، الذي يقرر ما إذا كان الطلب مقبولاً، او مرفوضاً[2].

ويعد من ضرورات جمع الاستدلال في التشريع الفرنسي، الخوف من ضياع الأدلة، خاصة في الجرائم ذات الخطورة، كجرائم الإرهاب وجرائم الاتجار بالمخدرات[3].

٦- إبلاغ المتحفظ عليه بحقه في الصمت":

يعد الحق في الصمت " Le droit au silence "من الحقوق الأساسية للمشتبه فيه، أو للمتهم بارتكاب جريمة. وقد أقر هذا الحق اولاً في النظام الانجلوسكسوني، ثم انتقل بعد ذلك إلى النظام اللاتيني[4] وهو يرتبط بالحق في أصل البراءة ارتباطاً لا ينفك عنه، فإذا كان الأصل في المتهم البراءة، فإنه وفقا لذلك، يصبح غير ملزم بأن يبدي اقوال، او يقدم ادلة براءته، بمعنى ان له الحق بأن يقف موقفا سلبياً، كان يمتنع عن الكلام، او يمتنع عن تقديم ما يبرئه، لأنه بالأصل بريء[5]. وهو ما سنوضحه لاحقاً.

وقد اقرت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان هذا الحق، واعتبرته حقاً اساسياً رغم عدم النص عليه صراحة في المادة السادسة من المعاهدة الأوربية لحقوق الإنسان[6]

---

(1) الدكتور عمرو إبراهيم الوقاد : " مرجع سابق ، ص٥٠.

(2) " Si l'officier de police judiciaire estime, en raison des nécessités de l'enquête, ne pas devoir faire droit à cette demande, il en réfère sans délai au procureur de la République qui décide, s'il y a lieu, d'y faire droit.

(3) **الجدير بالذكر ان المشرع الفرنسي اصدر في ٢٣ يناير ٢٠٠٦ قانون مكافحة الإرهاب، ووضع بموجبه نظام قانوني تخالف الضمانات المكفولة للمتهم في قانون الإجراءات الجنائية، ولم ينتقد المجلس الدستوري الفرنسي في احكام سابقة مثل هذا المسلك باعتبار ان نصوص محاربة الإرهاب تجد تبريرها في الطابع الخاص للإرهاب. انظر تفصيلاً؛ استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور، " القانون الجنائي الدستوري"، ط٤، ٢٠٠٦، مرجع سابق، ص ٦١٩.**

(4)Catherine SAMET:" La présomption d'innocence ", Rev. Pén.dr. pénal, N° 1 AVRIL 2001, P13. bulletin officiel du ministère de la justice .op.cit .

(5) انظر ، الدكتور حسام الدين محمد احمد، " حق المتهم في الصمت"، ط٣، ٢٠٠٣، دار النهضة العربية، ص٧٦.

(6) Cour européenne des droits de l'homme, 25 février 1993, Funke c/ France, série A, n° 256, A, § 228; J.CP, 1993.11.22073, note R. et A. Gournon ; D., 1993, J.P., 457, note J. Pannier, Justices, 1996.111.244, obs. Cohen-Jonathan et Flauss ; Cour européenne des droits de l'homme K c/ Autriche, 2 juin 1993, Série A, N° 255, B, § 15 par : Anne TEISSIER:" ibid. p42.

وذلك تأسيسا على أن الحق في السكوت يعد عنصراً اساسياً للحق في عدم مساهمة المتهم في دعم إدانته[1]. وهذا المبدأ الأخير هو ما نصت عليه المواثيق الدولية. وبالتالي لا يجوز لسلطة الاتهام أن تستند إلى دلائل تم الحصول عليها ضد إرادة المتهم[2].

وكان المشرع الفرنسي قد فرض على مأمور الضبط القضائي، إبلاغ الشخص المتحفظ عليه فوراً بحقه في عدم الإجابة على الأسئلة التي يوجهها رجال الضبط القضائي[3]. بيد أن المشرع سرعان ما عاد ليعدل هذا النص، بموجب قانون٤ مارس ٢٠٠٢، ليصبح الواجب هو إعلام الشخص المتحفظ عليه، بأن له الحق في إبداء اعترافات، أو في الإجابة على الأسئلة الموجهة له، أو أن يلتزم الصمت.وقد قصد المشرع بهذا التعديل، تفادي ما قد يتولد عند الشخص المتحفظ عليه من انطباع، بأن الأفضل له هو أن يصمت. ومن ثم فهو بالخيار بين أن يدلي باعترافات، أو أن يصمت ولا يعد اعترافه حين التكلم من تلقاء نفسه انتهاك لحقوق الدفاع[4].

ولعل أهم ضمان يجب أن يتقيد به مأمور الضبط القضائي، وفقاً لهذا الحق ، هو عدم التدخل في إرادة المتهم وحريته في إبداء أقواله، فهو بالخيار بين أن يصمت، إذا أدرك أن الصمت خير له في عاقبة أمره، وله أن يتوقف عن الاسترسال في الحديث متى ما أدرك أن استمراره في الحديث هو شر عليه، ويضر بمركزه .

ولا ريب أن الإخلال بهذا الحق، يشكل اعتداء على الحق في أصل البراءة، مما يستوجب معاقبة فاعله بموجب نص المادة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية[5].

وفي هذا الصدد ذهب بعض رجال الفقه الفرنسي إلى أنه بهذا الضمان، وغيره من الضمانات التي أدخلها المشرع الفرنسي على قانون الإجراءات الجنائية، يكون قد انتقل بمرحلة جمع الاستدلالات من مرحلة لم تكن تعرف القانون إلى مرحلة القانون لاشتمالها على الضمانات المتطلبة لنشوء الأدلة القانونية، والتي من بينها ضمان الحق

---

(١)Florence MASSIAS:" Droits de l'homme, R.S.C.N°2, avr.-juin 2002,p 413.

(٢)Jacques BUISSON : Ibid. P33. B.Repik: " L'influence du droit international et régional des droits de l'homme sur la procédure pénale».Nouvelles études pénales, 1998, n° 17. p.158;par Catherine SAMET: " La présomption d'innocence ", Rev. Pén.dr. pénal,, N° 1 AVRIL 2001, p43.

(٣) انظر المادة ٦٣-١ و إدريان شارل دانا، مرجع سابق.

(٤)Florence MASSIAS:"Droits de l'homme",R.S.C.N°2,Avr.-juin,2002, p 414.

(٥) وسوف نتناول لاحقاً هذا الحق بشكل تفصيلي.

في الصمت [١].

رابعاً: الدور الرقابي لأعمال التحفظ الذي يتم بمعرفة الشرطة القضائية:

أتجه المشرع الفرنسي إلى إضفاء رقابة على اعمال التحفظ، حيث اعطى الحق لمدعي الجمهورية بضرورة إبلاغه بما يقوم به ضابط الشرطة القضائي من إجراء يتعلق بالتحفظ [٢].

وتشمل هذه الرقابة إجراءات التحفظ، كما تشمل الرقابة على أماكن التحفظ. وسوف أوضح ذلك على النحو التالي:

١ - إلزام مأمور الضبط القضائي بإبلاغ السلطات القضائية بإجراء التحفظ منذ اللحظة الأولى للتحفظ.

لما كان إجراء التحفظ في قسم البوليس، إنما يمثل احد اخطر الإجراءات التي يملك ضابط الشرطة القضائية اتخاذها في مرحلة جمع الاستدلالات، ولما يمثله ذلك من خطورة على اصل البراءة، لذا فقد كان من الطبيعي ان يتدخل المشرع، لينظم اتخاذ مثل هذا الإجراء، على نحو يضمن عدم تحوله إلى إجراء تحكمي أو تعسفي بما يخل بالتوازن بين المصالح [٣].

وفي سبيل ذلك، فقد أصبح لزاما على ضابط الشرطة القضائية، تحرير محضر بالتحفظ فوراً، كما تم التأكيد على أن ضابط الشرطة القضائية، حين يستخدم هذه المكنة، فإنه يجب عليه أن يتصرف تحت الإشراف المباشر لأحد اعضاء النيابة العامة. ولذلك فقد انشأت في داخل النيابات نظاما أطلق عليه" وحدة المعالجة الفورية للمحاضر " حيث توجد داخل مقار النيابة العامة صالة كبيرة، يوجد بها على مدار اربع وعشرين ساعة يومياً، بعض وكلاء النيابة العامة الذين توجد تحت أيديهم كل الإمكانيات من قوانين، ومراجع أساسية، وأجهزة التليفون والفاكس، والتي تسمح لهم بأن يكونوا على اتصال مباشر، ودائم مع رجال البوليس الذي يسأله دائما عن الإجراء الذي يجب أن يتخذه في مواجهة المشتبه فيه المتحفظ عليه ، وهل يطلق

---

(١)Henri Leclerc: " la loi.15.juin.2000.renforçant la présomption d'innocence et les droits des victime." G.P- 2000 - N°. 273 - 275 - Doc.

(٢)Valentine BÛCK:" Vers un contrôle plus étendu de la garde à vue ",op.cit. ,p.325 et s. وانظر، الدكتور عمرو ابراهيم الوقاد، " مرجع سابق ، ص١٧٨.

(٣)Valentine BÛCK: ibid. p.327.

سراحه، ام يظل متحفظاً عليه[1] .

ومن الجدير بالذكر، أن المشرع الفرنسي قبل إدخال التعديلات الجديدة، كان يعطي الحق لمأمور الضبط القضائي احتجاز الأشخاص، ولم يكن يلزمه بإبلاغ النيابة العامة بذلك، وبدءا من قانون ينـاير ١٩٩٣ ، اشترط المشرع على ضابط الشرطة القضائية. في حالة التحفظ على الأشخاص الذين تتوافر ضدهم " دلائل" تفترض انهم ارتكبوا، أو شرعوا في ارتكاب جريمة، أن يخطر مدعي الجمهورية ، في افضل وقت[2]، إلا أن المشرع الفرنسي عدل هذا النص بموجب قانون١٥ يونيه ٢٠٠٠، فأصبح رجل الضبط القضائي يستطيع - لضرورة جمع الاستدلالات- أن يتحفظ على كل شخص تتوافر ضده " دلائل " تفترض أنه ارتكب أو شرع في ارتكاب جريمة. وعليه أن يخطر مدعي الجمهورية منذ اللحظة الأولى للتحفظ dès le début de la grade à vue[3].

وكذلك اصبح رجل الضبط القضائي ملزماً بتحرير محضر فور التحفظ على المشتبه فيه، بحيث يتم بواسطته إبلاغ مدعي الجمهورية حالاً ببدء التحفظ، وهو ما يحقق علم فوري لمدعي الجمهورية[4].

ويترتب على مخالفة رجل الضبط القضائي لهذا الالتزام -إذا لم يكن هناك مبرر مقبول- إلى بطلان الإجراء.

٢- الرقابة على مدة التحفظ:

إذا كان القانون الفرنسي قد ألزم ضابط الشرطة القضائية بإبلاغ مدعي

---

(1) الدكتور إدريان شارل دانا : " المرجع السابق.

(2) انظر: المادة (٧٧) المعدلة في يناير ١٩٩٣ من قانون الإجراءات الجنائية الخاصة بإجراءات الاستدلال والمادة ٦٣ الخاصة بالتلبس.وانظر : الدكتورمدحت رمضان : ، مرجع سابق ، ص١٦ .

(3) Article 63: du code de procédure pénale (Ordonnance n° 60-121 du 13 février 1960 art. 1 Journal Officiel du14 février 1960) (Loi n° 63-22 du 15 janvier 1963 art. 1 Journal Officiel du 16 janvier 1963) (Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 9 Journal Officiel du 5 janvier 1993 en vigueur le 1er mars 1993) (Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 art. 2 Journal Officiel du 25 août 1993 en vigueur le 2 septembre 1993) (Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 5 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001) (Loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 art. 2 Journal Officiel du 5 mars 2002) " L'officier de police judiciaire peut, pour les nécessités de l'enquête, placer en garde à vue toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction. Il en informe dès le début de la garde à vue le procureur de la République. ...
Jacques BUISSON : La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000.."op. cit.p 39.

(4) Jacques BUISSON : Ibid.p39.

الجمهورية فوراً ببداية التحفظ، فإن التحفظ على المشتبه فيه من قبل ضابط الشرطة القضائية في مرحلة جمع لاستدلالات، لا يجوز -كقاعدة عامة- لأكثر من اربع وعشرين ساعة، ويمكن لمدعي الجمهورية قبل انقضاء ميعاد الأربع وعشرين ساعة، ان يمد التحفظ إلى ثماني واربعين ساعة كحد اقصى، بعد عرض المشتبه فيه عليه بصورة مسبقة"[1].

ولكن يثار التساؤل عن الأثر المترتب، في حال تجاوز مامور الضبط القضائي للمدة التي حددها القانون في إجراءات التحفظ.فهل يترتب على ذلك بطلان الإجراء؟

والواقع أن ذلك التجاوز يشكل خطورة على الحرية الشخصية.واعتداء على الحق في اصل البراءة. حيث يعد حالة من حالات الحبس التعسفي، الأمر الذي يؤدي إلى بطلان الإجراء. وما يترتب عن ذلك من مساءلة مرتكبها جنائياً وتأديبياً ومدنياً.

---

(1)Article 77: du code de procédure pénal (Ordonnance n° 60-121 du 13 février 1960 art. 1 Journal Officiel du 14 février 1960)(Loi n° 63-22 du 15 janvier 1963 art. 1 Journal Officiel du 16 janvier 1963 en vigueur le 24 février 1963)(Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 15 Journal Officiel du 5 janvier 1993 en vigueur le 1er mars 1993)(Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 art. 5 Journal Officiel du 25 août 1993 en vigueur le 2 septembre 1993)(Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 13 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001) (Loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 art. 1 Journal Officiel du 5 mars 2002)

L'officier de police judiciaire peut, pour les nécessités de l'enquête, garder à sa disposition toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction. Il en informe dès le début de la garde à vue le procureur de la République. La personne gardée à vue ne peut être retenue plus de vingt-quatre heures…"

Le procureur de la République peut, avant l'expiration du délai de vingt-quatre heures, prolonger la garde à vue d'un nouveau délai de vingt-quatre heures au plus. Cette prolongation ne peut être accordée qu'après présentation préalable de la personne à ce magistrat. Toutefois, elle peut, à titre exceptionnel, être accordée par décision écrite et motivée sans présentation préalable de la personne. Si l'enquête est suivie dans un autre ressort que celui du siège du procureur de la République saisi des faits, la prolongation peut être accordée par le procureur de la République du lieu d'exécution de la mesure.

Sur instructions du procureur de la République saisi des faits, les personnes à l'encontre desquelles les éléments recueillis sont de nature à motiver l'exercice de poursuites sont, à l'issue de la garde à vue, soit remises en liberté, soit déférées devant ce magistrat.

Pour l'application du présent article, les ressorts des tribunaux de grande instance de Paris, Nanterre, Bobigny et Créteil constituent un seul et même ressort.

Les dispositions des articles 63-1, 63-2, 63-3, 63-4, 64 et 65 sont applicables aux gardes à vue exécutées dans le cadre du présent chapitre.

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية، أن مجرد تجاوز مدة الحبس يعد في ذاته اعتداء على الحقوق الأساسية للمحبوس[1].

ولكن يثار تساؤل آخر عن اثر تعدد التحفظ، وما إذا كان هذا التعدد يعتبر تجاوزاً للمدة ام لا.

وللإجابة عن ذلك، ينبغي القول: إن محكمة النقض الفرنسية قد فرقت بين فرضين:

الفرض الأول: أن يكون التعدد في مرات التحفظ قد استند إلى ذات الواقعة محل التحفظ. وفي هذه الحالة تعتبر محكمة النقض هذا التعدد تجاوزاً للحد الأقصى المنصوص عليه، مما يستوجب بطلان الإجراء[2].

والفرض الثاني: أن يكون التعدد مستنداً إلى وقائع مختلفة، وفي هذه الحالة تنظر محكمة النقض الفرنسية إلى تحفظ كل واقعة على حده، ومن ثم فإن تعدد التحفظ لا يعد بذاته تجاوزاً للحد الأقصى[3].

٢- الاستثناءات الواردة على مدة التحفظ في جرائم محددة:

إذا كانت القاعدة العامة أن ضابط الشرطة القضائية لا يمكنه مد فترة التحفظ للشخص المشتبه به في ارتكاب، أو الشروع في ارتكاب جريمة من الجرائم، سوى مدة اربعة وعشرون ساعة، لضرورات جمع الاستدلالات، فإن المشرع الفرنسي قد خرج عن هذه القاعدة، في جرائم معينة. وهي في الجنايات والجنح التي حددها نص المادة (٧٠٦-٧٣ من قانون الإجراءات الجنائية المضافة بالقانون رقم ٢٠٤ الصادر في ٩ مارس٢٠٠٤)[4]

---

(1)cass. Crim.du 13 février 1996 CASSATION N° 95-85.538.- CA Versailles.

(2)Cass. Crim.du 13 février 1996 CASSATION N° 95-85.538.- CA Versailles

(3)Cass.Crim. du15 décembre 1999. REJET No 99-86.233 et 99-80.532.-C.A. Montpellier,

(4)Article 706-73: du Code de procédure pénal (Inséré par Loi nº 2004-204 du 9 mars 2004 art. 1 Journal Officiel du 10 mars2004 en vigueur le 1er octobre 2004)

La procédure applicable à l'enquête, la poursuite, l'instruction et le jugement des crimes et des délits suivants est celle prévue par le présent code, sous réserve des dispositions du présent titre:

1° Crime de meurtre commis en bande organisée prévu par le 8° de l'article 221-4 du code pénal.

2° Crime de tortures et d'actes de barbarie commis en bande organisée prévu par l'article 222-4 du code pénal.

3° Crimes et délits de trafic de stupéfiants prévus par les articles 222-34 à 222-40 du code pénal.

4° Crimes et délits d'enlèvement et de séquestration commis en bande organisée

. وهذه الجرائم تتصل معظمها بجرائم الاعتداء على حياة الأشخاص وجرائم الاتجار بالمخدرات، وجرائم الاختطاف، والإرهاب، وجرائم خطف الطائرات... وغيرها. ففي هذه الجرائم، اجاز المشرع الفرنسي بصفة استثنائية، ان يمد التحفظ إلى مدتين متتاليتين، بحيث تشمل كل مدة اربع وعشرين ساعة.

و جاء في المادة (٨٨-٧٠٦) أنه "طبقا للمواد ٦٣و٧٧ و١٥٤، التي تقتضي التحفظ على الشخص لضرورات جمع الاستدلال، او التحقيق في مجال الجرائم، التي تتطلبها المادة

---

prévus par l'article 224-5-2 du code pénal.

5° Crimes et délits aggravés de traite des êtres humains prévus par les articles 225-4-2 à 225-4-7 du code pénal ;

6° Crimes et délits aggravés de proxénétisme prévus par les articles 225-7 à 225-12 du code pénal ;

7° Crime de vol commis en bande organisée prévu par l'article 311-9 du code pénal ;

8° Crimes aggravés d'extorsion prévus par les articles 312-6 et 312-7 du code pénal ;

9° Crime de destruction, dégradation et détérioration d'un bien commis en bande organisée prévu par l'article 322-8 du code pénal ;

10° Crimes en matière de fausse monnaie prévus par les articles 442-1 et 442-2 du code pénal.

11° Crimes et délits constituant des actes de terrorisme prévus par les articles 421-1 à 421-5 du code pénal.

12° Délits en matière d'armes commis en bande organisée prévus par l'article 3 de la loi du 19 juin 1871 qui abroge le décret du 4 septembre 1870 sur la fabrication des armes de guerre, les articles 24, 26 et 31 du décret du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions, l'article 6 de la loi n° 70-575 du 3 juillet 1970 portant réforme du régime des poudres et substances explosives, l'article 4 de la loi n° 72-467 du juin 1972 interdisant la mise au point, la fabrication, la détention, le stockage, l'acquisition et la cession d'armes biologiques ou à base de toxines .

13° Délits d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers d'un étranger en France commis en bande organisée prévus par le quatrième alinéa du I de l'article 21 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France .

14° Délits de blanchiment prévus par les articles 324-1 et 324-2 du code pénal, ou de recel prévus par les articles 321-1 et 321-2 du même code, du produit, des revenus, des choses provenant des infractions mentionnées aux 1° à 13°.

15° Délits d'association de malfaiteurs prévus par l'article 450-1 du code pénal, lorsqu'ils ont pour objet la préparation de l'une des infractions mentionnées aux 1° à 14°.

Pour les infractions visées aux 3°, 6° et 11°, sont applicables, sauf précision contraire, les dispositions du présent titre ainsi que celles des titres XV, XVI et XVII.

٧٠٦-٧٣، يُمكنْ بصفة استثنائية تمديد التحفظ لمدتين اضافيتين لأربع وعشرين ساعة لكُلّ مدة ".

وهذه التمديدات يسمح بها بناء على قرارٍ مكتوبٍ ومسبب، إما بقرار من مدعي الجمهورية، أو من قِبل قاضي الحرياتِ والحبس، أو مِن قِبل قاضي التحقيق.

ويجب أن يعرض الشخص المتحفظ عليه، على القاضي الذي يبت أولاً في طلب التمديد ومع ذلك يجوز تمديد التحفظ مرة ثانية بصورة استثنائية، بدون عرض سابقٍ للشخصِ المتحفظ عليه، لضرورة استمرار اعمال جمع الاستدلالات..."[1]

وقد ذهب البعض لتبرير مثل هذا التمديد الممنوح لضابط الشرطة القضائية، أن هذه الجرائم لها طابع دولي وغالبا ما يكون فيها أطراف اجانب وتحتاج إلى مترجم كما انها قضايا معقدة وترتكبها غالبا عصابات منظمة وتستغرق وقتا في إجراءات جمع الاستدلال والتحقيق[2]، ولإعطاء مزيد من السلطات لرجال الشرطة القضائية بهدف تدعيم فاعلية عملهم في مقاومة الجرائم وضبط مرتكبيها[3].

والظاهر أن السبب في منح رجال الشرطة القضائية صلاحيات واسعة في التحفظ على الأشخاص المشتبه فيهم بارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة ٧٠٦-٧٣، إنما مرجعه الواقع الاجتماعي، والأمني الموجود في فرنسا؛ فالشعور الشديد بعدم الأمان، بسبب كثرة الاعتداءات والجرائم، التي أخذت أشكالاً جديدة، من قبل الجماعات الإجرامية. بالإضافة إلى الهاجس الأمني الذي تولد بعد أحداث ١١ /سبتمبر ٢٠٠١ ،والذي ضرب امريكا، وما اعقب ذلك من احداث أصابت بعض الدول الأوربية،كل ذلك دفع فرنسا إلى توسيع مساحة التجريم، وإعطاء صلاحيات واسعة

---

(1) Article :706-88. (inséré par Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 art. 1 Journal Officiel du 10 mars 2004 en vigueur le 1er octobre 2004)

" – Pour l'application des articles 63, 77 et 154, si les nécessités de l'enquête ou de l'instruction relatives à l'une des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 l'exigent, la garde à vue d'une personne peut, à titre exceptionnel, faire l'objet de deux prolongations supplémentaires de vingt-quatre heures chacune. « Ces prolongations sont autorisées, par décision écrite et motivée, soit, à la requête du procureur de la République, par le juge des libertés et de la détention, soit par le juge d'instruction....

(2)Puech : " Garde à vue "juris-classeur de p. p.art.53 à 73, 1983, p17.

انظر الدكتور كمال عبد الرشيد محمود، " التحفظ على الأشخاص،مرجع سابق، ص٤٥٤.

(3) ادريان شارل دانا، مرجع سابق .

لرجال الضبط القضائي في بعض الجرائم، بحجة مواجهة الإرهاب، والظواهر الإجرامية الجديدة[١].

ولا شك، ان هذا التوسع ياتي على حساب الحرية الشخصية، و الحق في أصل البراءة.

ولعل ما يخفف من غلواء المساس بالحرية الشخصية. وبالحق في أصل البراءة جراء الإجراءات الاستثنائية الماسة بالحرية الشخصية، أن المشرع الفرنسي أضفى مزيداً من التدخل القضائي. فهو من ناحية، أضفى رقابة على التحفظ الذي يقوم به ضابط الشرطة القضائية. وعلى فترة التحفظ. وتتمثل هذه الرقابة في إعطاء الحق لمدعي الجمهورية، وللسلطة القضائية في الرقابة على التحفظ. ومن ناحية اخرى، لا يسمح بتمديد التحفظ إلا بصدور إذن بذلك. وبشرط حضور المتحفظ عليه، وأجاز استثناءً شرط عدم الحضور على ان يصدر بذلك إذن بالتجديد مكتوباً ومسبباً.

ولعل اشتراط حضور المتحفظ عليه أمام مدعي الجمهورية، يمثل وسيلة لمراقبة الحالة المادية والنفسية للمتحفظ عليه، ولمعرفة ما إذا كان قد تعرض خلال الفترة السابقة للتعذيب او الإكراه[٢].

وهذا الحضور- بالطبع- هو حضور للاستماع ولا يحمل مفهوم الاستجواب، وليس هناك ما يمنع من تحول الاستماع إلى استجواب[٣].

- حساب مدة التحفظ في القانون الفرنسي:

لم يبين المشرع الفرنسي كيفية حساب مدة التحفظ، وترك امر ذلك لرجال الفقه، ورجال الفقه بدورهم اختلفوا في الإجابة على هذا التساؤل، بيد انه يمكن بلورة هذا الخلاف في ثلاثة اتجاهات هي: **الاتجاه الأول:** يرى إن هذه المدة يبدأ حسابها منذ الوهلة الأولى لمنع الشخص من التحرك[٤]. **والاتجاه الثاني:** يرى أن هذه المدة تبدأ منذ دخول الشخص قسم الشرطة[٥]. **وأما الاتجاه الثالث:** فيرى انها تبدأ منذ فراغ الشخص

---

(١) راجع، استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور : "القانون الجنائي الدستوري"، ط٤، ٢٠٠٦، ص ٦١١ وما بعدها.

(٢) الدكتور مدحت رمضان، "تدعيم قرينة البراءة في مرحلة جمع الاستدلالات"، مرجع سابق. ص٤١.

(٣) الدكتور عبد الرشيد محمود، "التحفظ على الأشخاص..." المرجع السابق، ص٤٤٩.

(٤) C.PARRA: "Traité de procédure pénale policière ", Paris :" Libraire Aristide Quillet, 1975, p305.

(٥) Jacques Leaute :" garde à vue expertise action civile, journées procédure pénale Strasbourg 9-10 mai 1985 p22 .

من إبداء أقواله، إذ إنه عند انتهاء ضابط الشرطة القضائية من سماع أقوال الشخص تتكشف له الصورة، ويستطيع بعدها أن يقرر ما إذا كانت هناك حاجة إلى التحفظ عليه أم لا[1].

والظاهر أنه بمجرد دخول الشخص المشتبه فيه قسم البوليس، وقيام ضابط الشرطة القضائية بإبلاغ مدعي الجمهورية، وتحرير محضر بذلك، تبدأ حساب مدة التحفظ منذ تحرير ذلك المحضر.

ومن الجدير بالطرح، أن المشرع الفرنسي قد ألزم ضابط الشرطة القضائية بتحديد مدة التحفظ بالمحضر، ويعد ذلك ضمانة هامة، فرضها المشرع الفرنسي على ضابط الشرطة القضائية. وليس من شك أن عدم ذكر المدة في المحضر، يعد قرينة على عدم قانونية التحفظ، الأمر الذي من شأنه أن يؤدي إلى بطلان التحفظ[2]

٤- الرقابة على أماكن التحفظ:

بعد أن ألزم المشرع الفرنسي مدعي الجمهورية في الرقابة على إجراءات التحفظ"[3]. وأثناء مناقشة مشروع قانون تدعيم حماية " قرينة البراءة" أبدى النواب **بمجلس الشيوخ الفرنسي ملاحظات بشأن الحالة السيئة التي توجد فيها أماكن تنفيذ التحفظ، وكيف يتعرض المتحفظ عليهم للإهانة، وأنه لا يمكن ترك حالة، أماكن التحفظ دون تنظيم، نظراً لأن هذا الأمر يتعلق بصميم " قرينة البراءة "، على حد تعبيرهم قبل أن يتعلق الأمر بتنظيم لائحي.** كما أبدى النواب ملاحظاتهم بشأن أقسام الشرطة الجديدة، والتي يرونها لا تختلف عن تلك القديمة من حيث الحالة المزرية التي عليها أماكن التحفظ[4].

ولقد طالب النواب بوضع تنظيم يسمح بالرقابة الفعلية على التحفظ، وانتهت المناقشات إلى الموافقة على إدخال تعديل على قانون الإجراءات الجنائية، يؤكد رقابة

---

(1)Paul RAVIER- " la recherch de la vérité judiciaire et l'audition interrogatoire de suspect." - thèse - paris. 2- 1978, p380.

(2) انظر: الدكتور مدحت رمضان: " تدعيم قرينة البراءة في مرحلة جمع الاستدلالات "، مرجع سابق، ص١٨.

(3)Charles JOLIBOIS :" Projet de loi sur la présomption d'innocence et propositions de loi relatives aux gardes à vue et à la détention provisoire" RAPPORT 419 (98-99) - commission des lois ,sénat; séance du 16- juin1999.

(4)Charles JOLIBOIS: RAPPORT 419 (98-99) , ibid.,

مدعي الجمهورية على التحفظ واماكن التحفظ[1].

ولذلك، عدل المشرع الفرنسي نص المادة ٤١[2] من قانون الإجراءات الجنائية بموجب المرسوم الصادر في ١٥ يونيه ٢٠٠٠، بحيث اضاف فقرة جديدة تنص على ان " مدعي الجمهورية يراقب إجراءات التحفظ. ويزورُ اماكن التحفظ كل وقت يراه ضرورياً، ويكون على الأقل مرة كل ثلاثة اشهر"[3]، ويحملُ معه سجل يُسجّلُ فيه عدد مرات الزيارة والرقابة التي تمت في الأماكن المختلفة[4].

ولم يقتصر حق الإشراف والرقابة على مدعي الجمهورية، بل خول التشريع الإجرائي اعضاء مجلسي النواب والشيوخ. في زيارة اماكن التحفظ، والمؤسسات العقابية، نظراً لما لاحظته لجان الاستقصاء المشكلة من اعضاء البرلمان[5]، حيث جاء في المادة ٧٢٠-١-A المضافة بمقتضى قانون تدعيم حماية " قرينة " البراءة لسنة ٢٠٠٠، أن " النوابَ واعضاء مجلس الشيوخ مخوّلونَ بأنْ يَزوروا اماكن التحفظ والتوقيف في

(1) Charles JOLIBOIS: ibid.

(2)Article 41 du Code de procédure pénale: (Ordonnance n° 58-1296 du 23 décembre 1958 art. 1 Journal Officiel du 24 décembre 1958 en vigueur le 2 mars 1959)(Loi n° 81-82 du 2 février 1981 art. 38 Journal Officiel du 3 février 1981) (Loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 art. 1 Journal Officiel du 8 juillet 1989 en vigueur le 1er décembre 1989) (Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 5 et 6 Journal Officiel du 5 janvier 1993)(Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 art. 2 Journal Officiel du 24 juin 1999) (Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 102 et 123 Journal Officiel du 16 juin 2000) (Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 3 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001) (Loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 art. 1 Journal Officiel du 5 mars 2002) (Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 art. 80 Journal Officiel du 27 novembre 2003) (Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 Art. 128 I Journal Officiel du 10 mars 2004 en vigueur le 1er octobre 2004)
"Le procureur de la République procède ou fait procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale.
A cette fin, il dirige l'activité des officiers et agents de la police judiciaire dans le ressort de son tribunal.
" le procureur de la république contrôle les mesures de garde à vue. Il visite les locaux de garde à vue chaque fois qu'il l'estime nécessaire et au moins une fois par trimestre ; il tient à cet effet un registre répertoriant le nombre et la fréquence des contrôles effectués dans ces différents locaux. " ...

(3)Jean CEDRAS :chronique législative, Rev.Pén.droit pénal, : Editions,CUJAS , N° 4 - décembre 2002 .P818.

(4)Jacques BUISSON: " La garde à vue dans ..."op. cit. P41.

(5) Jacques BUISSON, La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000 , op.cit.p41.

المؤسسات العقابية، في اي وقت"[1].

ويظهر من هذه النصوص، أن المشرع الفرنسي تدعيما منه للتدخل القضائي وبما يكفل حماية أصل البراءة، لم يكتف بالرقابة على إجراءات التحفظ فحسب، بل امتد ذلك التدخل ليشمل اماكن التحفظ، بحيث جعل من زيارة مدعي الجمهورية لأماكن التحفظ امراً إلزامياً، يتعين القيام به على الأقل مرة كل ثلاثة اشهر، حتى لا يكون هنالك إخلال ، او تعسف من شأنه أن يهدر الكرامة الإنسانية او يضر بالحق في أصل البراءة[2].

وغني عن البيان، أنه يوجد في أنحاء فرنسا حتى عام ٢٠٠٠ أكثر من ٥٠٠٠ مركز للاحتجاز، بما يجعل من زيارتها عبئا كبيراً على عاتق أعضاء النيابة العامة، ومع ذلك لا يتوانى المشرع، دعماً للحق في أصل البراءة، أن ينص على مثل هذا الدور الرقابي، والتأكد من سلامة إجراءات وأماكن التحفظ، التي يقوم بها مأمورو الضبط القضائي في مرحلة جمع الاستدلالات[3].

ومثل هذا الدور الرقابي الذي يهدف من خلاله إلى صون حقوق المشتبه فيه، وحفظ كرامته، كون الأصل فيه البراءة، ليس له وجود في كلٍ من التشريع المصري واليمني وحري بالمشرعين أن يعدلا من النصوص الإجرائية، بحيث تسمح بمثل هذا الضمان.

خامساً: ضمانات احترام الكرامة الإنسانية للمتحفظ عليه:

وفر المشرع الفرنسي العديد من الضمانات التي تدعم حماية أصل البراءة للشخص المتحفظ عليه، في مقابل السلطات الواسعة الممنوحة لضابط الشرطة القضائية. فإلى جانب الضمانات السابقة ، هناك الضمانات المتعلقة بتوكيد حماية الكرامة الإنسانية، حيث أوجب المشرع على ضابط الشرطة القضائية منذ بدء التحفظ أتباع إجراءات هامة تتمثل في الآتي:

---

(1)Article: 720-1-a.-" Les députés et les sénateurs sont autorisés à visiter à tout moment les locaux de garde à vue, les centres de rétention, les zones d'attente et les établissements pénitentiaires".

(2)Jacques BUISSON: ibid. p 41.

(3)Jacques BUISSON: ibid. p 41

١- إلزام الضبطية القضائية بإثبات بيانات تتعلق بسير الاستدلالات:

فرض المشرع الفرنسي على مأموري الضبط القضائي، أن يحرر محضر يدون فيه العديد من البيانات التي تفيد اليوم والوقت الذي بدا فيه التحفظ، ومدة سماع أقوال المتحفظ عليه، ومدد الراحة التي فصلت بين سماع الأقوال، وأوقات تناول الطعام،واليوم والوقت الذي اطلق سراحه أو يوم ووقت اقتياده أمام القاضي المختص(المادة ٦٤)[1].

ولعل المشرع الفرنسي قد اراد بهذا البيان التأكيد على حق المتحفظ عليه في احترام الكرامة الإنسانية[2]، فلا يتعرض إلى عنف. أو إرهاق بدني، او نفسي من جراء إطالة فترة سؤال المتحفظ عليه، او اي شكل من اشكال إساءة استخدام السلطة حال وجود الشخص المتحفظ عليه بين يدي رجال الضبط القضائي. ومن ناحية اخرى تشكل تلك البيانات أهمية خاصة لضمان رقابة قضائية فعالة، تقدر سلامة وصحة التحفظ، وما أبداه الشخص من اقوال واعترافات خلال فترة التحفظ[3].

٢- بيان الأسئلة في محضر جمع الاستدلالات:

كان العمل قد جرى سابقا على ان ضابط الشرطة القضائية عندما يوجه اسئلة للشخص المتحفظ عليه، لا تثبت تلك الأسئلة كما جرى طرحها من قبل ضابط الشرطة القضائية، والإجابة عليها من قبل المتحفظ عليه، وإنما يثبت بدلاً عن ذلك إجابات المشتبه فيه على انها إفادات أو تعليقات إضافية من الشخص[4]. بيد ان

([1])Article 64:(Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 12 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001)

Tout officier de police judiciaire doit mentionner sur le procès-verbal d'audition de toute personne gardée à vue la durée des interrogatoires auxquels elle a été soumise et des repos qui ont séparé ces interrogatoires, les heures auxquelles elle a pu s'alimenter, le jour et l'heure à partir desquels elle a été gardée à vue, ainsi que le jour et l'heure à partir desquels elle a été soit libérée, soit amenée devant le magistrat compétent. Il mentionne également au procès-verbal les demandes faites en application des articles 63-2, 63-3 et 63-4 et la suite qui leur a été donnée.

Cette mention doit être spécialement émargée par les personnes intéressées, et, au cas de refus, il en est fait mention. Elle comportera obligatoirement les motifs de la garde à vue.

([2])Jacques BUISSON: La garde à vue..." op. cit. P37 .

([3])Jacques BUISSON, La garde à vue...", op.cit. P37.

([4]) voir: Rapport:Ministère de la justice circulaires du 1er octobre au 31 décembre 2000 présentation des dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes concernant la garde à vue

المشرع الفرنسي قد اضاف ضمانة جديدة تمنع مثل هذا العمل، وذلك بإضافة فقرة ثانية للمادة ٤٢٩ من قانون الإجراءات الجنائية بموجب قانون ١٥ يونيو ٢٠٠٠، حيث الزم فيها ضابط الشرطة القضائية بضرورة تضمين الأسئلة التي تمت الإجابة عليها في كل محضر للاستجواب او سماع الأقوال[١].

وهذه الضمانة، وفق ما يراه بعض الفقه، لا تقتصر فقط على مرحلة جمع الاستدلالات، وإنما تسري كذلك بشان إفادات الشهود، وسماع الأقوال، وتشمل ايضا محاضر التحقيق، والاستجواب، والمواجهة امام سلطات التحقيق[٢].

٣- الضمانات في مواجهة تفتيش جسم المتحفظ عليه :

جرت العادة في فرنسا على أن يقوم مأمورو الضبط القضائي بإجراء تفتيش اماكن حساسة بجسد الشخص المتحفظ عليه، وذلك في جرائم الاتجار بالمخدرات. غير أن المشرع الفرنسي- حرصا منه على تعزيز حمايةِ كرامةِ الأشخاص المتحفظ عليهم- اضاف إلى المادة ٦٣ من قانون الإجراءات الجنائية فقرة خامسة، بموجب قانون تدعيم حماية " قرينة البراءة " الصادر في ١٥ يونيو ٢٠٠٠، وضع فيها قيوداً لهذه الممارسة على نحو دقيق[٣]. فلم يجز المشرع تفتيش اجساد الأشخاص المتحفظ عليهم والمشتبه فيهم بارتكاب جريمة الاتجار بالمخدرات، إلا بتوافر شرطين هما:

اولاً: انه يَجبُ التاكد من انه لا غنى عنهُ لضروراتِ الاستدلال

وثانياً: انه يجب ان ينفذ هذا الإجراء مِن قِبل طبيب يطلب لهذا الغرض من قِبل

---

et l'enquête de police judiciaire.
Http://www.justice.gouv.fr/actua/bo/dacg86c.htm

(١)Article 429: (Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 93 Journal Officiel du 5 janvier 1993 en vigueur le 1er octobre 1994) (Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 art. 28 Journal Officiel du 25 août 1993 en vigueur le 2 septembre 1993) (Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 41 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001)
"Tout procès-verbal d'interrogatoire ou d'audition doit comporter les questions auxquelles il est répondu"

(٢)Henri LECLERC : La loi du 15juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes", Gaz. Pal. vendredi 29, samedi 30 septembre 2000.
و انظر : الدكتور مدحت رمضان، مرجع سابق، ص٥٠.

(٣)Article 63-5 (inséré par Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 6 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001)
" Lorsqu'il est indispensable pour les nécessités de l'enquête de procéder à des investigations corporelles internes sur une personne gardée à vue",
"Celles-ci ne peuvent être réalisées que par un médecin requis à cet effet".

ضابط أو وكيل الشرطة القضائية أو مباشرة من قبل المحقق ذاته[1].

المطلب الرابع

ضمانات إجراء التحفظ في القانون المصري

أولاً: شروط التحفظ وآثاره في القانون المصري:

منح المشرع المصري مأمور الضبط القضائي سلطة التحفظ على الأشخاص المشتبه فيهم لحين صدور أمر بالقبض من النيابة العامة.إذ جاء في المادة ٣٥.ج.مصري بأنه" ... وفى غير الأحوال المبينة في المادة السابقة - أي في غير أحوال التلبس التي تجيز القبض- إذا وجدت دلائل كافية على اتهام شخص بارتكاب جناية، أو جنحة سرقة، او نصب، أو تعد شديد، او مقاومة لرجال السلطة العامة بالقوة والعنف، جاز لمأمور الضبط القضائي أن يتخذ الإجراءات التحفظية المناسبة، وأن يطلب فوراً من النيابة العامة، أن تصدر أمرا بالقبض عليه..."[2].

ويتبين من النص السابق أن المشرع المصري خول مأمور الضبط القضائي اتخاذ إجراءات التحفظ التي من شأنها أن تحول دون فرار الشخص المشتبه فيه[3]، أو إتلافه للأدلة، أو تأثيره على الشهود.

وذهب بعض الفقه المصري إلى تبرير هذا الإجراء الذي يمس الحرية الشخصية بدون إذن، على أساس أن مأمور الضبط القضائي يتخذ مثل هذا الإجراء، لأنه لا يستطيع- قانونا- القبض على المشتبه فيه، نظراً لأنه ليس بصدد حالة من الحالات التي تجيز القبض بدون أمر، كأن تكون جريمة مشهودة، أو في حالة ندب من السلطة القضائية[4].

وقد تطلب المشرع المصري للقيام بهذا الإجراء توافر شرطين هما:

---

(1)voir : Rapport: ibid.

(2) انظر ما سبق، ص ١٩٤ .

(3)استخدم المشرع لفظ المتهم في الشخص الموضوع رهن التحفظ ،وقد أثارت هذه التسمية تساؤلات بعض رجال الفقه حول مدى دقة النص التشريعي في إيراد هذا اللفظ الذي أطلق على شخص في غير حالات التلبس بالجريمة وفي مرحلة غير مرحلة التحقيق الجنائي التي تتم بمعرفة النيابة العامة أو قاضي التحقيق. حيث جرت العادة لدى فقهاء القانون الجنائي على أن يطلق على الشخص في حالات التلبس وحالة التحقيق الجنائي لفظ "المتهم"، أما في مرحلة جمع الاستدلالات فإن اللفظ السائد هو المشتبه فيه.

(4) الدكتور محمود نجيب حسني، " القبض على الأشخاص" مرجع سابق ، ص٢٨ .

الشرط الأول: ضرورة ارتكاب الشخص محل التحفظ لجريمة من الجرائم التي حددها النص حصراً:
وهي الجنايات عموما، أو جنح السرقة والنصب والتعدي الشديد ومقاومة رجال السلطة العامة بالقوة والعنف.

الشرط الثاني: أن تكون هناك دلائل كافية قبل الشخص المراد احتجازه:

ويقصد بالدلائل، "العلامات الخارجية، او الشبهات المقبولة، دون ضرورة التعمق في تمحيصها وتقليب وجوه الراي فيها. وهي لا ترقى إلى مرتبة الأدلة، فهي قرائن ضعيفة، اي استنتاج لأمر مجهول من امر معلوم . لكن ضعفها يجيء من استنتاجها من وقائع قد لا تؤدي إلى ثبوت التهمة بالضرورة الحتمية، ولا بحكم اللزوم العقلي. فهي لا تصلح وحدها - امام محكمة الموضوع - سببا للإدانة..". وقد تتخذ صورة قول او فعل او مجرد تعبير على وجه المتهم ولا يشترط فيها أن ترقى إلى مرتبة الدليل[1].

ويستخلص مأمور الضبط القضائي هذه الدلائل، من سلوك المشتبه فيه، ومن تصرفاته، التي تحمل على التفكير العادي بأنه أرتكب إحدى الجرائم السابقة[2].

ولا يكفي وجود دلائل بل يجب أن تكون " كافية" بمعنى أن تبلغ درجة من القوة تؤدي إلى نسبة الجريمة إلى المتهم، و تقدير كفاية هذه الدلائل متروكة لمأمور الضبط القضائي الذي تم بمعرفته التحفظ. وعلى مسئوليته الشخصية. وهو في تقديره لذلك، يخضع لمراقبة محكمة الموضوع[3].

وإذا توافر هذان الشرطان ترتب عليهما اثران: **الأول:** حق مأمور الضبط القضائي ان يضع الشخص المشتبه فيه تحت التحفظ[4]، **والثاني:** وجوب استصدار أمر من النيابة العامة بالقبض على المتهم فور التحفظ عليه.

ثانياً: إشكالية النطاق الزمني للتحفظ على المشتبه فيه في الظروف العادية:

من الإشكالات التي يثيرها هذا الإجراء المقيد للحرية الشخصية نطاقه الزمني، إذ

---

(1) الدكتور رءوف عبيد: " المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج1 ص287 . الدكتور فوزية عبد الستار: " شرح قانون الإجراءات الجنائية " ، مرجع سابق، ص273و 274.
(2)الدكتور محمود نجيب حسني: " القبض على الأشخاص" ، مرجع سابق ، ص29 . استاذنا الدكتور محمد ابو العلا عقيدة : " شرح قانون الإجراءات الجنائية"، مرجع سابق ، ص 272 و273.
(3)الدكتور محمود نجيب حسني: المرجع السابق ذاته، ص287.
(4) حول الآثار القانونية للتحفظ انظر تفصيلاً: الدكتور كمال عبد الرشيد محمود : " التحفظ على الأشخاص في قانون الإجراءات الجنائية - دراسة مقارنة بالتشريع الفرنسي- " مرجع سابق ، ص192 .

من الملاحظ ان المشرع الإجرائي المصري، لم يحدد صراحة المدة التي يمكن ان يستمر فيها هذا الإجراء، ولحظة إبلاغ النيابة. وما يخفف من خطورة ذلك، ان المشرع الزم مأمور الضبط القضائي ان يطلب فوراً من النيابة العامة إصدار امر بالقبض[1].

وفي ظل غياب التحديد الدقيق للمدة الزمنية للتحفظ، اختلف الفقه الجنائي في تحديد مدة التحفظ. فقد ذهب بعض الفقه[2] إلى ان التحفظ لا يمكن ان يتجاوز بضع ساعات، ولا يصل بأي حال من الأحوال إلى ٢٤ ساعة المقررة للقبض، والدليل على ذلك استخدام المشرع لفظ " الطلب فوراً" . وعلة الفورية، حتى لا يبقى المتهم خاضعاً لإجراء التحفظ الذي قد ينطوي على تقييد لحريته، او تعطيل لبعض مصالحه، دون سند. وضابط الفورية أن يكون الطلب في ذات الوقت الذي تتخذ فيه الإجراءات، او عقبها مباشرة. وبالتالي إذا تراخى مأمور الضبط القضائي في طلب امر القبض، فإنه يكون مسئولاً عما تنطوي عليه هذه الإجراءات من مساس بالحرية قد تقوم به جريمة، أو من اضرار قد تقوم بها المسئولية المدنية، وقد يسأل تأديبياً كذلك.

وذهب البعض[3] في تحديد مدة التحفظ بالقياس على نصوص قانونية اخرى، فإذا كانت المدة القصوى لمأمور الضبط القضائي للقبض على المتهم بعد عرضه على النيابة العامة، لا تزيد على اربع وعشرين ساعة، فإن مدة التحفظ والتي تعتبر اقل خطورة من القبض، يجب الا تزيد على اربع وعشرين ساعة.

وهناك من حدد مدة التحفظ بالاستناد إلى نص المادة ١٣٦ أ.ج.مصري، ، فالمشرع المصري قد حدد حالة القبض في حالة التلبس، وحالة اتخاذ الإجراءات التحفظية في غير حالات التلبس، في المادتين ٣٤، ٣٥ أ.ج.مصري، ثم اشار في المادة ٣٦ ،على ضرورة قيام مأمور الضبط القضائي بسماع أقوال المتهم المضبوط، (وإذا لم يأت بما يبرئه!)[4]، يرسله

---

(1) الدكتور حسام الدين محمد احمد ، " سلطات القبض في مرحلة ما قبل المحاكمة" ، مرجع سابق ، ص٥٠.

(2) الدكتور محمود نجيب حسني " القبض على الأشخاص" ، مرجع سابق ، ص٢٩ .

(3) الدكتور عوض محمد ، " الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية " ، مرجع سابق ، رقم ٢٠٩ . عمر السعيد رمضان ، " مبادئ قانون الإجراءات الجنائية" ، جا ، ١٩٩٢ ، ص٢١٢ . الدكتور عبد الرءوف مهدي : " القواعد العامة للإجراءات الجنائية " مرجع سابق ، ص٢٦٨ .

(4) يحوي هذا النص في طياته عيبا دستوريا فهو يخالف المبدأ الدستوري القائم على ان الأصل في المتهم البراءة وما يترتب عنه من نتائج اهمها ان عبء إثبات الإدانة يقع على عاتق سلطة الادعاء، وبالتالي فإن المتهم غير ملزم اساسا بإثبات براءته لان الأصل فيه البراءة . وهذا النص -من وجهة نظرنا- يكون قد انتهك هذا الأصل بمقولته، إنه إذا لم يأتي الشخص بما يبرئه يرسله في مدى اربع وعشرين الى النيابة

في مدى أربع وعشرين ساعة إلى النيابة العامة المختصة، ومن ثم، فإن المدة المسموح بها لمأمور الضبط القضائي في حالة المتهم المضبوط، سواء كان ذلك نتيجة تلبس، أو وجود دلائل كافية لارتكابه جريمة، هي اربع وعشرين ساعة، وذلك وفقاً لصريح النص[1].

ويرى البعض، أن العمل قد جرى في مراكز وأقسام الشرطة، بالتحفظ على الأشخاص في غير أحوال التلبس، وبدون أذن من النيابة لمدة تصل إلى أربع وعشرين ساعة، وعرضهم بعدها على النيابة العامة[2]. وبالتالي يكون المشرع قد سلب نظرياً القبض من مأمور الضبط القضائي في غير حالة التلبس، إلا أن الواقع العملي يكون عكس ذلك.

والتسليم بأن التحفظ يصل إلى ٢٤ ساعة بدون إذن- وفقاً لما ذهب إليه البعض كما بينا- معناه تحول التحفظ إلى قبض في غير الحالات المسموح بها لجهات الاستدلال!.

ثالثاً: النطاق الزمني للتحفظ على المشتبه فيه في الظروف الاستثنائية:

أورد المشرع المصري في المادة السابعة مكررا من قانون ١٠٥ لسنة ١٩٨٠، الخاص بإنشاء محاكم أمن الدولة قبل إلغاءه بموجب القانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣ بأن " يكون لمأمور الضبط القضائي، إذا توافرت لديه دلائل كافية على اتهام شخص بارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في القسم الأول من الباب الثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات(عقوبات جرائم الإرهاب) **أن يتخذ الإجراءات التحفظية المناسبة، وأن يطلب من النيابة العامة خلال أربع وعشرين ساعة على الأكثر، أن تأذن له بالقبض على المتهم. وللنيابة العامة في هذه الحالة، ولأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، أن تأذن بالقبض على المتهم لمدة لا تجاوز سبعة أيام ، ويجب على مأمور الضبط القضائي أن يسمع أقوال المقبوض عليه ويرسله إلى النيابة العامة المختصة بعد**

= العامة المختصة" ..حيث يتخذ ضده الإجراءات التي تتجه نحو إحالته للتحقيق والمحاكمة. وكان الأحرى بالمشرع المصري إلا يحمل الشخص المشتبه فيه عبء إثبات براءته لما في ذلك من خروج صريح على قاعدة أصل البراءة .

([1]) انظر : الدكتور عمرو إبراهيم الوقاد : "التحفظ على الأشخاص.. " ، مرجع سابق ، ص٦١ .

([2]) الدكتور كمال عبد الرشيد محمود : " التحفظ على الأشخاص في قانون الإجراءات الجنائية – دراسة مقارنة بالتشريع الفرنسي " مرجع سابق ، ص٤٢٩ .

انتهاء المدة المشار إليها في الفقرة السابقة.."[1].

وكان هذا النص قبل إلغاءه بموجب القانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣مثيراً للشبهة ، لأنه وسع من سلطات مأمور الضبط القضائي، بحيث أتاح له الحجز على المتهم مدة سبعة أيام بأذن من النيابة، دون أن يعرض عليها المتهم ودون أن تستجوبه، وفي هذا خروج على القواعد العامة[2] ، ويعد انتهاكاً صارخاً للحق في أصل البراءة باعتباره الأساس لحماية الحرية الشخصية.

رابعاً :إشكالية حساب بداية ونهاية التحفظ في الظروف العادية :

من الإشكاليات التي يثيرها التحفظ، تحديد لحظة بدء الإجراء. ولحظة نهايته، إذ لم يحدد المشرع المصري حساب بداية التحفظ، بل ترك ذلك الأمر لمأمور الضبط القضائي تحت رقابة السلطة القضائية. وهذا الإغفال في تحديد بدء التحفظ يشكل ثغرة قانونية يمكن أن تؤدي إلى تجاوزات وإساءات لاستخدام السلطة، و قد ينتهي الأمر إلى أن التحفظ ينفذ في الواقع والحقيقة، على خلاف ما يثبت في المحضر والأوراق الرسمية[3] .

ونتيجة لهذا الإغفال، فقد اختلف رجال الفقه المصري حول الكيفية التي يتم بها حساب بداية التحفظ.

فهناك من يرى، أن بداية التحفظ في التشريع المصري يمكن اعتبارها منذ لحظة كتابة المحضر، وفقا لنص المادة(٢٤) من قانون الإجراءات الجنائية، حيث تنص الفقرة الثانية على ضرورة، أن يقوم مأمور الضبط القضائي بإثبات جميع الإجراءات الاستدلالية في محاضر موقع عليها منه، ومبينة وقت اتخاذ الإجراءات ومكان حصوله. وبالتالي، فإن وقت عمل المحضر مثبتا به التحفظ على المشتبه فيه هو بداية فترة التحفظ[4] .

وهناك من يرى أن بدء التحفظ على الأشخاص، يجب أن يكون منذ اللحظة التي فقد فيها حريته، وأصبح غير قادر على مغادرة مقر الشرطة، أو مكان التحفظ عليه، بحيث لا يستطيع أن ينصرف بمحض إرادته، فالمعيار في بدء التحفظ، هو منذ اللحظة

---

(1) انظر، أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور، " القانون الجنائي الدستوري "ط٤ ، ٢٠٠٦، ص ٦٢٣.
(2) الدكتور عبد الرءوف مهدي ، المرجع السابق نفسه ، ص٢٣٦ .
(3) الدكتور كمال عبد الرشيد محمود المرجع السابق ، ص٤٦٦ .
(4) انظر، الدكتورة فوزية عبد الستار، " شرح قانون الإجراءات الجنائية، ١٩٨٦، ص٢٦١،الدكتور عمرو إبراهيم الوقاد ، " التحفظ على الأشخاص.. " . مرجع سابق ، ص٦٠ .

التي يفقد فيها الشخص حريته. فلا يستطيع الانصراف، وإذا حاول ذلك استعملت معه القوة لمنعه[1].

والواقع أن تحديد بداية التحفظ على الأشخاص بشكل دقيق، أمر هام، وضروري، لما يمثله ذلك من ضمان للشخص المتحفظ عليه، فهو يمكن النيابة العامة من الرقابة على مأمور الضبط القضائي في عدم تجاوز سلطاته في التحفظ[2]. و من جانبنا نرى أن بدء حساب التحفظ يكون منذ اللحظة الأولى لسلب الحرية، بحيث يصبح الشخص مسلوب الإرادة، وغير حر في حركته وتنقلاته.

وبالنسبة لنهاية التحفظ، فإنه ينتهي بأحد أمرين: إما بالإفراج عن الشخص المتحفظ عليه، أو تقديمه إلى السلطة القضائية. وفي كل الأحوال، يجب أن لا يستمر التحفظ، وفقاً لراي بعض الفقه، أكثر من ٢٤ ساعة. وقد استنبطها هذا الفقه من نص المادة ١٣٦ إ.ج. والتي تضمنت ما مفاده، أن لا تتجاوز الإجراءات التحفظية عن أربع وعشرين ساعة[3].

خامساً: تقويم شرعية التحفظ في القانون المصري وأثره على أصل البراءة:

التحفظ من الإجراءات التي خولها القانون لمأمور الضبط القضائي في مرحلة جمع الاستدلالات، وهو إجراء -بحسب ما انتهينا إليه- يمس الحرية الشخصية بدون إذن من القضاء. ولما كانت الحماية الجنائية لأصل البراءة تفرض أن تكون الإجراءات الماسة بالحرية الشخصية تحت إشراف القضاء، كونه الحارس الطبيعي للحقوق والحريات. وأن تحاط الإجراءات الماسة بالحرية بسياج واق من الضمانات التي تمنع من التعسف في استخدام السلطة[4]. فقد وجه للنص الذي خول مأمور الضبط القضائي إجراءات التحفظ دون إذن من القضاء انتقاداً لاذعاً من قبل بعض رجال الفقه، الذي

---

(1) انظر: الدكتور رياض شمس، " الحرية الشخصية في التشريع الجنائي المصري"، مرجع سابق، ص ٣٧.

الدكتور كمال عبد الرشيد محمود : " التحفظ على الأشخاص في قانون الإجراءات الجنائية — دراسة مقارنة بالتشريع الفرنسي " مرجع سابق ، ص٤٧٤ .

(2) الدكتور كمال عبد الرشيد محمود : " التحفظ على الأشخاص في قانون الإجراءات الجنائية — دراسة مقارنة بالتشريع الفرنسي " مرجع سابق ، ص٤٦٦ .

(3) الدكتور هلالي عبد اللاه أحمد : " ضمانات المتهم في مواجهة القبض بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي" ، مرجع سابق ،ص ٨٩.

(4) الدكتور أسامة عبد الله قايد، " حقوق وضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلالات"، مرجع سابق ، ص٢٣٦.

يرى - بحق- ان هذا النص " يمنح مأموري الضبط اختصاصا قضائياً صرفاً، وثيق الصلة بالحريات التي كفلها الدستور، وهو القبض على المتهمين في جميع الجنايات، بل وفي جميع الجنح الشائعة، دون قيد سوى استلزام قيام دلائل كافية قبل المتهم المقبوض عليه. فقيام هذه الدلائل يكاد يمثل الضمان الوحيد الذي رسمه المشرع المصري للأفراد، حتى لا يقعوا ضحية إجراء قد يكون ضاراً أو تعسفيا.."[1].

- مدى دستورية المادة ١٣٥ أ. ج:

أثير التساؤل سابقاً، حول التكييف القانوني لإجراءات التحفظ التي يمارسها مامور الضبط القضائي في مرحلة جمع الاستدلالات، وفقا لنص المادة ١٣٥ أ.ج.م. فإذا كانت المذكرة الإيضاحية للقانون المصري رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ الخاص بتعديل بعض النصوص المتعلقة بضمان حريات المواطنين ومنها نص المادة ١٣٥ أ.ج.م، قد ابرزت ان ما يتعلق بالإجراءات التحفظية التي اوردها النص سالف الذكر لا يعد قبضا بالمعنى القانوني للقبض، وليس فيه مساس بحرية الفرد، إذ إن هذه الحرية يجب أن يزاولها في الإطار الاجتماعي للمصلحة العامة[2].

ولكن ما ذكرته المذكرة الإيضاحية، لم يكن كافياً لإقناع فريق من شراح القانون الذين يرون، أن التحفظ الذي تناولته المادة ٣٥ ينطوي على قدر من المساس بحرية الشخص في التنقل بدون إذن القضاء[3]، وهو ما يتعارض مع صريح المادة ٤١ من الدستور المصري، التي تنص على أن" الحرية الشخصية حق طبيعي، وهي مصونة لا تمس، وفيما عدا حالة التلبس، لا يجوز القبض على أحد، أو تفتيشه، أو حبسه أو تقييد حريته، بأي قيد، أو منعه من التنقل، إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص، أو النيابة العامة، وذلك وفقا لأحكام القانون.." .

وأمام هذا النص الدستوري، فلا مناص من القول: إن نص المادة ١٣٥. ج ، يكون

([1]) الدكتور رءوف عبيد ، المرجع السابق ، ص ٢٨٦ .

([2]) انظر في ذلك، الدكتور كمال عبد الرشيد محمود ، " التحفظ على الأشخاص في قانون الإجراءات الجنائية مرجع سابق ، ص٥٦ وما بعدها.

([3]) انظر، الدكتور عبد الرءوف مهدي، " القواعد العامة للإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص٢١٨، ٢١٩ . الدكتور محمد على سالم عياد الحلبي ، " ضمانات الحرية الشخصية اثناء التحري والاستدلال ، مرجع سابق ، ص١٤٩.

معيباً دستورياً. وبذلك قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها جاء فيه، ان" مفاد ما قضى به نص المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية من تخويل مامور الضبط القضائي اتخاذ الإجراءات التحفظية المناسبة في حالة توفر الدلائل الكافية على اتهام شخص بارتكاب جناية، او جنحة سرقة، او نصب، او تعد شديد، او مقاومة لرجال السلطة العامة، دون ان يصدر امر قضائي ممن يملك سلطة إصداره، او ان تتوافر في حقه إحدى حالات التلبس بالجريمة التي حددتها المادة ٣٠ من هذا القانون، يخالف حكم المادة ٤١ من الدستور، فإن الأحكام الواردة بالمادة ٣٥ - سالفة الذكر-، تعتبر منسوخة ضمنا، بقوة الدستور نفسه، منذ تاريخ العمل بأحكامه، دون تربص صدور قانون، ولا يجوز الاستناد إليها في إجراء القبض منذ ذلك التاريخ"[1].

وإذا كان بعض الفقه، قد برر هذا الإجراء ، وفقاً لنظرية الضرورة، ورغم وجاهة النظرية، فإن الحماية الجنائية لأصل البراءة، تقضي بعدم تقييد حرية الأشخاص من قبل رجال السلطة، او من قبل ماموري الضبط القضائي، خروجاً على ما رسمه الدستور في حالتي الجريمة المشهودة، وصدور اذن بذلك من النيابة العامة، والقول بغير ذلك، ليس له من معنى، سوى الاعتداء غير المشروع على الحرية الشخصية، مما يعرض فاعله للوقوع تحت طائلة المسئولية الجنائية والتاديبية.لانتهاكه أصل البراءة باعتباره الأساس لحماية الحرية.

وإذا كان لا بد من التحفظ على الشخص المشتبه فيه -متى قامت أسباب معقولة تدعو إلى الاعتقاد بارتكابه جريمة جسيمة- فلا بد من بسط الضمانات التي تحافظ على حقوق الشخص عند تعرضه لهذا الإجراء، وحماية كرامته وفي مقدمة ذلك كفالة حقه في الاستعانة بمدافع، وأن يكون هذا الإجراء تحت إشراف القضاء؛ لضمان عدم التعسف في استخدام سلطة التحفظ.

---

[1] نقض ١٥ من فبراير سنة ١٩٩٥ الطعن رقم ٣٢٩٤ لسنة ٦٣ قضائية. اشار إليه الدكتور عبد الرءوف مهدي، " القواعد العامة للإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص٢١٨، ٢١٩ .

المطلب الخامس

ضمانات التحفظ على الأشخاص في القانون اليمني

سبق القول بأن المادة ١٠٤ من قانون الإجراءات الجزائية[1] نصت على انه" في غير حالات الجرائم المشهودة، يجوز لمأمور الضبط القضائي اتخاذ الإجراءات التحفظية المناسبة، طبقا للقواعد المقررة في هذا الشان، وان يطلبوا من النيابة العامة، ان تصدر امراً بالقبض على الشخص الذي توجد دلائل كافية على اتهامه بارتكاب إحدى الجرائم الآتية: أولا: إذا كان متهما بإخفاء الأشياء المسروقة، او التي استعملت او تحصلت من جريمة. وثانيا: إذا كان متهما في جريمة احتيال، او تعد شديد، او تحريض على الفسق، او الفجور، او الدعارة، او حيازة، او تعاطي المخدرات".

وهذا النص لا يكاد يختلف كثيراً عما جاء في المادة ٣٥ إجراءات مصري. فإجراءات التحفظ في كليهما من الإجراءات التي خولها القانون لمامور الضبط القضائي في مرحلة جمع الاستدلالات، وهو إجراء - بحسب ما انتهينا إليه- يمس الحرية الشخصية في غير حالات التلبس، وبدون إذن من القضاء.وتكاد الشروط تكون واحدة وهي: ضرورة ارتكاب الشخص محل التحفظ لجريمة من الجرائم التي حددها النص حصراً، وان تكون هناك دلائل كافية قبل الشخص المراد التحفظ عليه.

وإذا كان التشريعان المصري واليمني قد اتفقا على ضرورة استصدار امر من النيابة العامة بالقبض على المتهم، فإن المشرع اليمني لم يشترط فورية استصدار امر القبض من النيابة العامة كما فعل المشرع المصري -وبحق- إلا أن نص المادة التالية من القانون اليمني، جاء اكثر انضباطاً وضماناً من حيث مدة التحفظ، حيث نصت المادة ١٠٥ على انه " يجب على مأمور الضبط القضائي في الأحوال السابقة (اي التي حددتها المادة١٠٤)، **ان يسمع فوراً اقوال المتهم، ويحيله مع المحضر الذي يحرر بذلك إلى النيابة العامة في مدة اربع وعشرين ساعة**، ويجب على النيابة العامة، ان تتصرف في امره خلال الأربع وعشرين ساعة التالية للعرض عليها، وإلا تعين الإفراج عنه فوراً"[2].

ويفهم من خلال هذا النص، أن المشرع اليمني قد وضع ضوابط للتحفظ اكثر دقة ووضوحاً من التشريع المصري، إذ اشترط على مامور الضبط، ان يحرر محضراً بالتحفظ على الشخص فوراً، وهذا الضابط الهام، هو الذي يحدد بداية التحفظ.

---

(1) مجموعة القوانين الجزائية الموضوعية والإجرائية، سبق الإشارة اليها ص ١٣٤.

(2) المرجع السابق نفسه .

ووضع المشرع اليمني حداً أقصى للتحفظ المسموح به لرجال الضبط القضائي، وهو مدة اربع وعشرين ساعة، يجب خلالها تقديم الشخص إلى النيابة العامة، كما قيد النيابة العامة بحد اقصى، يجب عليها ان تبت في امر المتحفظ، وهي مدة الأربع وعشرين ساعة التالية من بداية العرض عليها من قبل النيابة العامة.

وإذا تراخى مأمور الضبط القضائي في تقديم الشخص إلى النيابة العامة خلال المدة المحددة قانوناً، او تراخت النيابة العامة في الإفراج عن الشخص المتحفظ عليه خلال المدة القصوى (أربع وعشرين ساعة)، فقد قامت مسئولية كل منهما من الناحية الجنائية والتأديبية، وما يترتب عن ذلك من حق للمشتبه فيه من تعويض عما لحقه من ضرر ناتج عن التعدي على الحق في أصل البراءة، والحق في الحرية الشخصية.

- مدى تعارض إجراءات التحفظ في القانون اليمني مع الدستور:

كفل الدستور اليمني حماية الحرية الشخصية بموجب المادة ٤٨ من الدستور والتي نص فيها على ان[١]:

" ا- تكفل الدولة للمواطنين حريتهم الشخصية وتحافظ على كرامتهم وأمنهم، ويحدد القانون الحالات التي تقيد فيها حرية المواطن، ولا يجوز تقييد حرية أحد إلا بحكم من محكمة مختصة.

ب- لا يجوز القبض على اي شخص او تفتيشه او حجزه إلا في حالة التلبس أو بأمر توجبه ضرورة التحقيق، وصيانة الأمن يصدره القاضي أو النيابة العامة وفقا لأحكام القانون...."

ج- كل من يقبض عليه بصفة مؤقتة بسبب الاشتباه في ارتكابه جريمة، يجب ان يقدم إلى القضاء خلال اربع وعشرين ساعة من تاريخ القبض عليه على الأكثر. وعلى القاضي او النيابة العامة تبليغه بأسباب القبض...، ويجب على الفور إصدار امر مسبب باستمرار القبض او الإفراج عنه، وفي كل الأحوال لا يجوز للنيابة العامة الاستمرار في الحجز لأكثر من سبعة ايام إلا بأمر قضائي....".

ويظهر من تلك النصوص، أن المشرع الدستوري كفل للمواطنين حريتهم الشخصية، ولم يجز القبض لمأمور الضبط القضائي، إلا في حالة التلبس، أو بأمر من

(١) الدستور اليمني وفقا للتعديلات الصادر في ١٩٩٤/٩/٢٩، مجموعة التشريعات اليمنية، سبق الإشارة.

النيابة العامة، او القاضي. والزم الدستور مأمور الضبط القضائي في حالة القبض على المشتبه فيه بارتكاب جريمة، ان يقدمه للنيابة العامة، خلال اربع وعشرين ساعة من تاريخ القبض عليه على الأكثر".

ولم يوضح الدستور ما إذا كان القبض الذي الزم بموجبه مأمور الضبط القضائي بتقديم المشتبه فيه إلى النيابة العامة، خلال أربع وعشرين ساعة من تاريخ القبض عليه على الأكثر. هل يكون ذلك في حالة الجريمة المشهودة، ام في حالات القبض بأمر قضائي، ام ان المشرع الدستوري قصد بذلك القبض بدون امر، متى كانت هناك ضرورة ملجئة لمثل هذا الإجراء.

و من الملاحظ أن إجراءات التحفظ ، التي نص عليها المشرع الإجرائي اليمني في المادة ١٠٤ من قانون الإجراءات الجنائية ، لا تختلف- من حيث الجوهر- عن القبض القانوني. الذي منحه المشرع الإجرائي لمأمور الضبط القضائي في حالات الجريمة المشهودة، او في حال صدور إذن من القضاء. والأدل على ذلك ان نص المادة ١٠٤ جاء في الفصل الخامس تحت مسمى حالات الجريمة المشهودة، وحالات القبض المخولة لمأمور الضبط القضائي.

ومما يخفف من خطورة هذا الإجراء على الحرية الشخصية، ان المشرع الدستوري نص على جملة من الضمانات التي كفلها لكل شخص تقيد حريته بقبض ونحوه وهي كالآتي:

اولاً: ضمانات احترام الكرامة الإنسانية للمحتجز فيحظر تعذيبه جسديا او نفسيا او معنويا عند القبض او اثناء فترة الاحتجاز[1]

ثانياً : حقه في الامتناع عن الإدلاء باية اقوال إلا بحضور محاميه [2]

ثالثاً: حظر حبسه، او احتجازه في غير الأماكن الخاضعة لقانون تنظيم

---

(1) نصت المادة ٤٨ الفقرة ب من الدستور على ان "... كل إنسان تقيد حريته باي قيد يجب ان تصان كرامته ويحظر التعذيب جسديا ونفسيا او معنويا.. ويحرم التعذيب والمعاملة غير الإنسانية عند القبض او اثناء فترة الاحتجاز او السجن" انظر: الدستور اليمني وفقا للتعديلات الصادر في ٢٩ سبتمبر١٩٩٤ ، مجموعة التشريعات اليمنية ، سابق الإشارة ، ص١٦.

(2) نصت ذات المادة السابقة على ان "... للإنسان الذي تقيد حريته الحق في الامتناع عن الإدلاء باية اقوال إلا بحضور محاميه..." مجموعة التشريعات اليمنية، سابق الإشارة، ص١٦.

السجون[1].

رابعاً: حقه في تبليغه بأسباب القبض..وتمكينه من إبداء دفاعه واعتراضاته[2]

خامساً: حقه عند إلقاء القبض عليه لأي سبب في الإبلاغ الفوري لمن يختاره من اقاربه او من يهمه الأمر[3].

سابعاً: حقه في التعويض عن الأضرار التي قد تلحق بالشخص من جراء مخالفة هذه الضمانات

ولا شك ان هذه الضمانات، كفلها الدستور، عند تقييد حرية المشتبه فيه، او المتهم، سواء عند القبض القانوني، أو عند التحفظ على المشتبه فيه؛ خصوصا وأن التحفظ- بحسب ما نراه -لا يختلف عن القبض القانوني، سوى في التسمية ، أما من حيث طبيعة كل منهما ، فكلاهما مقيد للحرية.

الخلاصة:

من خلال العرض السابق، ننتهي إلى أن التحفظ هو إجراء استدلالي استثنائي مؤقت - وفقا للراي الراجح- يباشر في مرحلة جمع الاستدلالات، من قبل مأموري الضبط القضائي، وهو إجراء لا يخفى طابعه المقيد للحرية الشخصية في التنقل بدون إذن من القضاء، باعتبار القضاء هو الحارس الطبيعي للحقوق والحريات، ولذلك كان هذا الإجراء غير منسجم مع ما تفرضه الشرعة الدولية، أو المحلية عبر الدساتير والتشريعات الجنائية، من عدم المساس بأصل البراءة -كونه الأساس لحماية الحقوق و الحريات الشخصية-، إلا من خلال القضاء الحر والمستقل.

ولما كانت التشريعات المقارنة قد ذهبت إلى، أن هذا الإجراء فرضته نظرية الضرورة الإجرائية المتمثلة في منع هروب المشتبه فيه بارتكاب جريمة، او تأثيره على

---

(1) نصت ذات المادة على انه "..... يحظر حبس او حجز اي إنسان في غير الأماكن الخاضعة لقانون تنظيم السجون"، المرجع السابق.

(2) نصت ذات المادة الفقرة " ج " على انه " ... على القاضي او النيابة العامة تبليغه بأسباب القبض واستجوابه وتمكينه من إبداء دفاعه واعتراضاته ويجب على الفور إصدار أمر مسبب باستمرار القبض أو الإفراج عنه ..."، مجموعة التشريعات اليمنية .

(3) نصت ذات الفقرة " ج " على انه ".....عند إلقاء القبض على اي شخص لأي سبب يجب ان يخطر فورا من يختاره المقبوض عليه كما يجب ذلك عند صدور كل امر قضائي باستمرار الحجز فإذا تعذر على المقبوض عليه الاختيار وجب ابلاغ اقاربه او من يهمه الأمر".

الأدلة، أو محوها.فإن هذه الضرورة تعد أمراً استثنائيا يجب ان تقدر بقدرها، وبما لا يخل بالتوازن الدقيق بين ضرورات جمع الاستدلالات وحقوق المتحفظ عليه الذي تقتضي معاملته على انه بريء. ويتوقف هذا التوازن على مقدار الضمانات الحقيقة التي يكفلها المشرع الجنائي عند ممارسة الإجراءات الجنائية في مواجهة من تفترض براءته.

وفي إطار مقارنتنا السابقة **يمكن القول:إن** التشريع الجنائي الإسلامي: كفل للشخص حماية حريته في الغدو والرواح. فلا يجوز تقييد حريته إلا لضرورة كشف الحقيقة ومنعاً لهروب المتهم. او إخفائه للأدلة، وبالتالي فإن الضرورة تقدر بقدرها في الشريعة الإسلامية.وأطلق فقهاء الشريعة الإسلامية لفظ الحبس على كل ما من شأنه أن يقيد الحرية، أو يعوقها، ولا عبرة فيها بالمدة. ولذلك يندرج التحفظ ضمن لفظ الحبس؛ فالعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

وفي التشريع الفرنسي: عدل المشرع الفرنسي النصوص القانونية الخاصة بإجراءات التحفظ، اكثر من مرة واضاف نصوص اخرى حتى تكون اكثر توافقاً مع حماية أصل البراءة وحماية الحرية الشخصية. ووضع العديد من الضمانات التي تهدف إلى تحقيق التوازن بين ما تقتضيه ضرورات جمع الاستدلالات، وحماية حقوق المتحفظ عليه.كما حرص المشرع على فرض المزيد من التدخل القضائي، لضمان عدم الإساءة في استخدام السلطة، أثناء التحفظ على الأشخاص.

ولا ابالغ إن قلت أن المشرع الفرنسي قد اقام نظرية عامة، ونظام قانوني متكامل لإجراءات التحفظ على المشتبه فيهم.واحرز تقدماً كبيراً واتجه اتجاها صحيحا نحو الحد من المساس بالحريات والحقوق أثناء التحفظ على الأشخاص، وجعله في اضيق نطاق.

و في التشريعين المصري و اليمني : لم يختلف الوضع كثيراً في الأخذ بنظام التحفظ تحت دعوى الضرورة لمنع إفلات الجناة وهروب المتهمين ومنع تأثيرهم على الشهود او طمسهم للأدلة وهي ذات الأسباب لتبرير تقييد الحرية الشخصية بدءً من إجراءات التحفظ وحتى إجراء الحبس الاحتياطي[1].ورغم ما قيل في تبرير هذا

---

(1) الدكتور حسن صادق المرصفاوي ، " الاتجاهات المستحدثة لضمانات الحرية الفردية في التحقيق الابتدائي " ، مجلة مصر المعاصر ، ١٩٦٣ ، ص ٤٩ . اشار إليه الدكتور كمال عبد الرشيد محمود، " التحفظ على الأشخاص " ، مرجع سابق ، ص٥٦٧.

الإجراء، فإنه يتعارض مع المبادئ الدستورية التي تقضي بأن تكون الإجراءات الماسة بالحرية الشخصية بيد القضاء الذي يعد الحارس الطبيعي للحقوق والحريات.

واهم ما يثيره إجراء التحفظ في التشريع المصري هو تعارضه مع المادة ٤١ من الدستور المصري، وبالتالي يجب وضع حد لهذا التعارض إما بتعديل دستوري يسمح بمثل هذا الإجراء او بوضع المزيد من الضوابط والضمانات الحقيقة التي تدعم حماية أصل البراءة عند اتخاذ مثل هذا الإجراء.واهمها ان يكون تحت سمع وبصر السلطة القضائية. وأن يكون ذلك في اقصر فترة ممكنة لا تتعدى ساعات محدودة.

و لا يختلف التشريع اليمني عما هو عليه الحال في التشريع المصري، إذ إن شبهة التعارض مع نص المادة ٤٨ من الدستور اليمني تلف نص المادة ١٠٤ من قانون الإجراءات الجزائية.

وعلى المشرعين اليمني والمصري أن ينهجا نهج المشرع الفرنسي بوضع نظام قانوني واضح المعالم للتحفظ يدعما بموجبه حماية أصل البراءة وبما يحقق الانسجام التام بين ضرورات جمع الاستدلالات وحقوق للتحفظ عليه.

المبحث الثاني

حماية أصل البراءة أثناء القبض

تمهيد وتقسيم:

القبض[١] هو سلب حرية الشخص في الغدو والرواح مدة القبض، وذلك باحتجازه في المكان المخصص لذلك قانونا[٢].

وقد عرفته منظمة العفو الدولية بأنه "فعل تجريد الفرد من الحرية على يد سلطة حكومية، بغرض اقتياده إلى الحجز، واتهامه بارتكاب جريمة"[٣].

وعرفه قانون الإجراءات الجزائية اليمني بأنه " ضبط الشخص وإحضاره أمام

---

(١) القبض لغة هو الإمساك ، واصطلاحا هو تقييد حرية الشخص في التجول لفترة طالت أم قصرت وحمله على البقاء في مكان معين او على الانتقال إليه تمهيدا لاتخاذ بعض الإجراءات قبله. انظر الدكتور عوض محمد عوض ، " المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية" ، منشأة المعارف، ص٢٦٢

(٢) انظر: الدكتور محمود نجيب حسني " القبض على الأشخاص "، مرجع سابق، ص١٥. أستاذنا الدكتور محمد ابو العلا عقيدة ، " شرح قانون الإجراءات الجنائية"، مرجع سابق ، ص ٣٦٧ وما بعدها.

(٣) انظر مجموعة المبادئ التي تضمنتها منظمة العفو الدولية .

المحكمة، او النيابة العامة، او مأمور الضبط القضائي في الحالات المنصوص عليها قانوناً، ويكون بموجب امر صادر من الآمر بالقبض، ممن يملكه قانونـاً، او شفوياً إذا كان الشخص الآمر حاضراً امامه. ويترتب على ذلك حرمان المقبوض عليه من حريته حتى يتم التصرف في امره "[1].

وعرفته محكمة النقض المصرية بانه " إمساكه من جسمه، وتقييد حركته، وحرمانه من حرية التجول، دون أن يتعلق الأمر على قضاء فترة زمنية معينة "[2].

وفي حكم آخر لمحكمة النقض، قضت بأن " القبض على الإنسان إنما يعني تقييد حريته، والتعرض له. بإمساكه وحجزه ولو لفترة يسيرة.. "[3].

ومن تلك التعريفات يتبين أنها لا تخرج عن كون القبض من الإجراءات الخطرة على الحق في اصل البراءة، حيث يلقي بظلال من الشك حول إذناب الشخص، ويعرض حريته للحرمان في الغدو والرواح لفترة من الزمن، ولو ضئيلة.

وتفرض حماية أصل البراءة التي تعد الأساس لحماية الحرية الشخصية على المشرع الجنائي وهو في صدد وضعه للقواعد التي تمس حق الشخص في الغدو والرواح، أن يراعي الضمانات التي وضعتها المواثيق الدولية والدساتير المحلية،وبما يكفل تحقيق التوازن بين حماية الحرية الشخصية باعتباره الأساس لحماية أصل البراءة، والمصلحة العامة. كما تفرض على المشرع وضع النصوص التي تعاقب كل من ينتهك تلك الضمانات من رجال السلطة العامة[4].

وسوف نبين في هذا المبحث الضمانات التي وضعت في مواجهة إجراءات القبض لحماية أصل البراءة في مطلب أول. ثم في المطلب الثاني نبين حقوق الشخص المقبوض عليه باعتبارها من مصادر الحماية الجنائية لأصل البراءة. وذلك على النحو التالي:

---

(1) انظر نص المادة ٧٠ من قانون الإجراءات الجزائية.

(2) حكم محكمة النقض في ٢٧ ابريل ١٩٥٩، مجموعة أحكام النقض ، س١٠ رقم ١١٠ ، ص ٦١٣.

(3) حكم محكمة النقض في ١٦ مايو ١٩٦٦، مجموعة أحكام النقض ، س١٧ رقم ١١٠ ، ص ٦١٣.

(4) راجع، استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور ، " القانون الجنائي الدستوري "ط٣ ٢٠٠٤، ص ٤٦٤. وما بعدها.

المطلب الأول

الضمانات المقررة للمتهم في مواجهة إجراءات القبض

حرصت التشريعات الجنائية الإجرائية المعاصرة على وضع ضمانات تحمى الحق في أصل البراءة ،عند اتخاذ إجراءات القبض على المتهم، ومن تلك الضمانات ما يلي:

أولاً : صدور أمر أو إذن بالقبض من جهة قضائية :

القبض كإجراء مقيد للحرية يجب أن يكون بمعرفة جهة قضائية، سواء كانت النيابة العامة -بحسب الأصل-، أم قاضي التحقيق، ويدخل في ذلك أيضا قاضي الموضوع، إذا خوله القانون هذا الاختصاص، والعلة من ذلك- كما بينا- أن القضاء هو الحارس الطبيعي للحقوق والحريات وهو الذي باستطاعته الموازنة بين مصلحة التحقيق والحق في الحرية الشخصية.وهو الأمين على الحقوق والحريات العامة، والأجدر في تقرير المساس بها من أجل المصلحة التي يرجحها[١] .

والجهة القضائية المختصة بإصدار إذن القبض في فرنسا هي النيابة العامة (مدعي الجمهورية)، على نحو ما بينا في مناقشاتنا السابقة للتحفظ في فرنسا. ويعقد هذا الاختصاص أيضاً لقاضي التحقيق ولقاضي الموضوع في حال خوله القانون هذا الاختصاص.

وفي مصر صاحب الاختصاص الأصيل هو النيابة العامة، أو قاضي التحقيق[٢] . حيث نصت المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه ".. لمأمور الضبط القضائي، أن يتخذ الإجراءات التحفظية المناسبة، وأن يطلب فوراً من النيابة العامة أن تصدر أمراً بالقبض عليه ..". وكذلك نصت المادة ١٢٦ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه " لقاضي التحقيق في جميع المواد أن يصدر أمراً بحضور المتهم، أو القبض عليه وإحضاره ".

وفي اليمن، أعطى المشرع أمر القبض للنيابة العامة أو المحكمة، حيث نصت المادة ١٧٢ من قانون الإجراءات الجزائية على أنه " ..لا يجوز القبض على أي شخص

---

(١)الدكتور محمود نجيب حسني: " القبض على الأشخاص " ، مرجع سابق ، ص٧٤.

(٢)انظر نص المادة ٤١ من الدستور المصري حيث تقضي بأنه "... لا يجوز القبض على أحد، أو تفتيشه، أو حبسه، أو تقييد حريته، بأي قيد، أو منعه من التنقل، إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص، أو النيابة العامة..." راجع ما سبق، ص ٢٤٦.

واستبقاؤه. إلا بأمر من النيابة العامة. او المحكمة. وبناء على مسوغ قانوني".

ولا تثار مشكلة حول القبض عندما يكون صادراً من جهة قضائية خولها القانون سلطة إصدار امر القبض. كون القضاء هو الجهة الأقدر على تحقيق التوازن بين المصلحة العامة وحماية الحقوق والحريات. ولكن ما يثير الإشكال هو القبض الذي تقوم به اجهزة الضبط القضائي، او الشرطة القضائية، دون الحصول على امر او إذن من سلطة قضائية مختصة.

ووجه الإشكال ان القبض بدون امر يعد خروجاً على القاعدة العامة في القبض. ولذلك ينبغي أن يكون هذا الخروج في أضيق نطاق، وبما تستلزمه المصلحة العامة، وأن تفرض القيود على سلطة القبض بدون امر، احتراماً للحق في اصل البراءة في المتهم، وحتى لا يقع القبض تعسفا،كونه يفتقر إلى الرقابة المسبقة للقضاء[1].

ثانياً: ضمانات القبض في حالة التلبس:

تعد حالة التلبس بالجريمة " الجريمة المشهودة"، حالة تلازم الجريمة ذاتها لا شخص مرتكبها[2].وهي الحالة الأساسية التي تجيز لرجال الضبط القضائي القبض على الشخص المتهم بارتكاب الجريمة، دون حاجة لصدور أذن بذلك من السلطة القضائية[3]، والمبرر لذلك ان الجريمة وأطرافها ونتائجها تكون في الغالب في مسرح واحد. ومعالمها واضحة ودقيقة. وشبهة التعسف تكاد تكون منعدمة.ومع ذلك، فإن حالة التلبس يعد استثناء من القاعدة الأساسية التي يتعين على التشريع الإجرائي الالتزام بها، والتي تتمثل في أن القبض ما هو إلا إجراء استثنائي يتعين إحاطته بالقيود

---

(1) انظر: الدكتور حسام الدين محمد أحمد : " سلطات القبض في مرحلة ما قبل المحاكمة — دراسة مقارنة- . دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة ٢٠٠٥، ص٦٠.

(2) ذهبت محكمة النقض المصرية إلى ان " التلبس حالة تلازم الجريمة ذاتها لا شخص مرتكبها ، وانه يتعين على مامور الضبط القضائي مشاهدة اثر من آثارها ينبئ بذاته عن وقوعها ، وبالتالي فإذا تلقى هذا المامور نبأ الجريمة عن الغير فإن ذلك لا يكفي لقيام حالة التلبس.." انظرنقض ١٩٨٢/٥/٢٥ ، مجموعة احكام النقض لسنة ٥٣ق، رقم ١٣٨، ص٦٨٧. ونقض ١٩٨٤/١٠/٨، مجموعة أحكام النقض لسنة ٥٤ق ، ص٦٣٢.

(3) ومن أهم الاعتبارات التي دفعت التشريعات إلى تخويل ماموري الضبط القضائي سلطة القبض على الأشخاص المتهمين في حالة التلبس بالجريمة صفة الاستعجال التي تتصف بها هذه الحالة حيث تكون ادلة الجريمة بارزة للعيان ويخشى ان تختفي تلك الأدلة وان يختفي المتهم فيما لو لم يتدخل مامور الضبط القضائي بالقبض عليه هذا بالإضافة إلى قلة احتمالات الخطأ او التعسف الذي قد يقع من مامور الضبط القضائي لان الأدلة والمتهم ظاهر ومشاهد ولا مجال لهذا التعسف .

والضمانات التي تتفق وهذه الطبيعة[1].

وقد وردت حالات التلبس في غالبية القوانين على سبيل الحصر، وبالتالي لا يستطيع احد خلق حالات غير تلك المنصوص عليها قانوناً.

ويمكن حصر الضمانات الواجب توافرها لإجراء القبض في حالة الجريمة المتلبس بها في نوعين **أولهما**: يتعلق بجسامة الجريمة وظروفها. **والنوع الثاني**: يخص الأشخاص الذين من حقهم ممارسة هذا الإجراء.

النوع الأول: المتعلق بجسامة الجريمة وظروفها:

باعتبار التلبس في ارتكاب الجريمة من الحالات الاستثنائية التي تجيز القبض بدون إذن الجهة القضائية المختصة بالتحقيق، فقد ورد في القانون بشكل ضيق وفي حدود معينة من الجرائم وردت على سبيل الحصر، ففي فرنسا لا يكون القبض في حالات التلبس (أو القبض بدون امر) إلا بالنسبة للجنايات والجنح المعاقب عليها بالحبس وفقاً لنص المادة ٥٣ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي [2]؛ وفي مصر لا يكون القبض في حالات التلبس إلا بالنسبة للجنايات، أو الجنح التي يعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر، وفقاً لنص المادة ٣٤ من قانون الإجراءات الجنائية المصري. وكذلك الحال في اليمن لا يكون القبض في حالات الجريمة المشهودة إلا في الجرائم الجسيمة[3]، أو المعاقب عليها بالحبس مدة تزيد عن ستة أشهر، وفقا للمادة ١٠١ من قانون الإجراءات الجزائية اليمني.

النوع الثاني: المتعلق بالأشخاص الذين من حقهم ممارسة هذا الإجراء:

متى توافرت حالة من حالات التلبس التي وردت في القانون حصراً جاز لمأمور الضبط القضائي القبض على المتهم دون الرجوع إلى سلطة التحقيق المختصة أصلاً بإصدار امر القبض.

---

(1) انظر: الدكتور. هلالي عبد اللاه احمد: " ضمانات المتهم في مواجهة القبض بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي" ، مرجع سابق ، ص٦٥ وما بعدها. الدكتور حسام الدين محمد أحمد: " سلطات القبض في مرحلة ما قبل المحاكمة - دراسة مقارنة - ، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة ٢٠٠٥، ص٦٣.

(2) انظر نص المادة ٥٣ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي والمعدلة بالقانون رقم ٢٠٤ لسنة ٢٠٠٤ الصادر في ٩مارس ٢٠٠٤.

(3) وقد عرف قانون الجرائم والعقوبات اليمني الجرائم الجسيمة بانها " ما عوقب عليه بحد مطلقاً او بالقصاص بالنفس او بإبانة طرف أو أطراف وكذلك كل جريمة يعزر عليها بالإعدام او بالحبس مدة تزيد على ثلاث سنوات ". انظر نص المادة ١٦ ، مجموعة القوانين الجزائية الموضوعية والإجرائية.

ففي فرنسا، نصت المادة ٧٣ من قانون الإجراءات الجنائية على انه " في حالة الجناية، او الجنحة المتلبس بها المعاقب عليها بالحبس، فإن لكل شخص ان يضبط على الجاني، ويقتاده إلى اقرب مأمور ضبط قضائي[1] .

وذهب بعض الفقه[2] إلى ان نص المادة سالفة الذكر لا تعني سوى تعويق الشخص، وليس القبض بالمعنى الفني الدقيق الذي لا يكون مخولاً إلا لمأمور الضبط القضائي، او لمدعي الجمهورية، أو لقاضي التحقيق في حالات خاصة.

وفي ذات الصدد، ذهب هذا الفقه إلى ان لفظ الفاعل L'auteur الذي اوردته المادة السالفة، هو لفظ يوحي بأن الشخص قد تحدد مركزه القانوني بهذا الوصف. وهنا يثار التساؤل عن دقة مثل هذا اللفظ الذي لم يطلْهُ تعديل بالرغم من ان المشرع الفرنسي قد عدل من قانون الإجراءات الجنائية، وعدل بعض المصطلحات، حتى تتوافق مع احترام أصل البراءة.

وصحيح ان هذا اللفظ إنما هو من وجهة نظر الشخص الذي شاهد الواقعة، وليس بحكم القضاء، إلا أن حماية أصل البراءة، تقتضي ان يكون اللفظ أكثر دقة بأن يطلق عليه المتهم أو الشخص محل الفحص - بحسب التسمية التي أدخلها المشرع بدل لفظ المتهم- وليس لفظ الفاعل التي لا تطلق عليه حتى تتحدد بحكم قضائي .

واما في مصر، فقد أعطى المشرع المصري الحق لمأمور الضبط القضائي في أحوال التلبس بالجنايات والجنح التي يعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة اشهر ان يأمر بالقبض على المتهم الحاضر الذي توجد دلائل كافية على اتهامه[3].

واجاز المشرع ايضاً لأي شخص ان يضبط المتهم المتلبس بجناية، او بجنحة يجوز فيها قانوناً الحبس الاحتياطي، وتسليمه إلى أقرب رجل من رجال السلطة العامة،

---

(1)Article 73 : de Code de procédure pénale: " Dans les cas de crime flagrant ou de délit flagrant puni d'une peine d'emprisonnement, toute personne a qualité pour en appréhender l'auteur et le conduire devant l'officier de police judiciaire le plus proche ".

(2)Raymond GASSIN :" Encyclopédie D. J.2^e éd. 1967,v^O. Arrestation, N°24 et s.
وانظر في هذا الراي : استاذنا الدكتور محمد ابو العلا عقيدة : " شرح قانون الإجراءات الجنائية"، مرجع سابق ، ص٣٦٩ و ٣٧٠.

(3)انظر نص المادة ٣٤ من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

دون احتياج لأمر ضبطه[1].

ويعتبر الفقه المصري هذا النوع من القبض الذي خوله القانون للأفراد هو من قبيل التعرض المادي (الاقتياد) وليس القبض بمعناه القانوني الذي هو في الأساس من إجراءات التحقيق الابتدائي، ولا يعدو أن يكون وسيلة ترمي إلى الحيلولة دون فرار شخص متلبس بجريمة لتسليمه إلى السلطة المختصة[2]

وفي اليمن أجاز المشرع الإجرائي اليمني لمأمور الضبط القضائي في الجرائم المشهودة، أن يقبض على كل شخص يستدل بالقرائن على انه الفاعل للجريمة، أو له علاقة بها إن كان حاضراً، وأن يأمر بإحضاره إن كان غائبا[3].

وفي ذات الوقت اجاز لآحاد الأشخاص مكنة إحضار المتهم بارتكاب جريمة وتسليمه إلى اقرب رجل من رجال السلطة العامة في عدة أحوال من ضمنها حالة رؤيته المتهم بارتكاب الجريمة[4].

ويلاحظ أن المشرع اليمني، قد اجاز لأي شخص الحق في إحضار المتهم بارتكاب جريمة، ولم يحدد طبيعة هذه الجريمة، وما إذا كانت من الجرائم الجسيمة، أو غير الجسيمة، أو من تلك الجرائم التي تتوقف رفعها على شكوى. وهو - من وجهة نظرنا- طبيعياً، لأن من يقوم بالإحضار فرد أو أفراد عاديين ليسوا على اتصال بالقانون حتى يمكنهم التمييز بين الجريمة ودرجة جسامتها المحددة بالقانون.وإن كان الواقع يشهد بأن الجرائم البسيطة المشاهدة لا يتدخل فيها الأفراد لاقتياد المتهم.

و يشترط على الفرد حتى يحق له القبض المادي (الاقتياد) أن يكون قد شاهد الجاني وهو يرتكب الجريمة على عكس رجال السلطة العامة الذين من حقهم اقتياد الشخص في حالات التلبس بالجريمة سواء شاهدو الجاني أم لم يشاهدوه[5].

([1])انظر نص المادة ٣٧ من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

([2])انظر في هذا الرأي : الدكتورة فوزية عبد الستار : " شرح قانون الإجراءات الجنائية " مرجع سابق ، ص٢٧٦. استاذنا الدكتور محمد ابو العلا عقيدة : " شرح قانون الإجراءات الجنائية"، مرجع سابق ، ص٣٦٩ و٣٧٠.

([3]) انظر نص المادة ١٠١ من قانون الإجراءات الجزائية اليمني.

([4])المادة السابقة نفسها.

([5])الدكتورة فوزية عبد الستار : " شرح قانون الإجراءات الجنائية " مرجع سابق ، ص ٢٧٧. استاذنا الدكتور محمد ابو العلا عقيدة : " شرح قانون الإجراءات الجنائية"، مرجع سابق ، ص ٣٧٠.

ثالثاً: القبض بدون أمر في غير حالة التلبس:

هناك حالات قبض بدون امر تعد خروجاً على القاعدة العامة، اجازها المشرع الفرنسي لمامور الضبط القضائي، من باب الضرورة، وقد استعرضنها في مناقشاتنا السابقة عند الحديث عن إجراءات التحفظ على الأشخاص، ونحيل القارئ إليها تحاشياً للتكرار[1].

ولكن هناك حالات قبض بدون امر سمح بها القانون، وتثير الشبهة بعدم دستوريتها. ومن هذه الحالات:

١- حالات القبض في غير أحوال التلبس في ظل قانون الطوارئ المصري:

هناك نوع من القبض لا يشترط فيه المشرع المصري حصول إذن من جهة القضاء، وهو القبض المنصوص عليه في قانون الطوارئ المصري. حيث نصت المادة الثالثة من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ على تخويل السلطة القائمة على تنفيذ هذا القانون - وهي سلطة غير قضائية بطبيعة الحال- سلطة القبض على المشتبه فيهم، او الخطرين على الأمن والنظام العام واعتقالهم[2].

ويرى جانب من الفقه[3] -بحق - ان هذا القبض، او الاعتقال من شأنه، ان يتعارض مع الدستور المصري من عدة نواحي، فهو أولاً: لا يشترط إذن من السلطة القضائية المختصة، وثانيا: لم يوجب تسبيب امر القبض كتابة، وهو امر منتقد..ويخل بالتوازن بين مقتضيات حماية الحقوق والحريات والمصلحة العامة في كشف الجريمة، مما يتعارض مع أصل البراءة.

٢- حالات القبض بدون أمر في غير أحوال التلبس في القانون اليمني:

خرج المشرع اليمني عن القاعدة العامة للقبض التي تنص على انه " في غير حالات الجريمة المشهودة- لا يجوز القبض على اي شخص، او استبقائه، إلا بأمر من النيابة العامة، او المحكمة وبناء على مسوغ قانوني"[4]،حيث اجاز لمامور الضبط القضائي، القبض على الأشخاص دون الحاجة لصدور امر بذلك، وفي غير حالة التلبس، وذلك إذا

---

(1) انظر فيما سبق، ص ٢٠٥ وما بعدها.
(2) الدكتور عبد الرءوف مهدي: " شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية" ، مرجع سابق، ص٣٥٩.
(3) الدكتور عبد الرءوف مهدي، المرجع السابق نفسه ، ص٣٥٩. وقد اشار إلا ان امر هذا النص مرفوع امام المحكمة الدستورية العليا، للبت فيه.
(4) المادة ١٧٢ من قانون الإجراءات الجزائية اليمنية.

كان الشخص مرتكباً لجريمة جسيمة، وقامت على ارتكابه لها دلائل قوية وخيف هربه[1].أو كان مرتكباً لجريمة غير جسيمة معاقب عليها بالحبس، وقامت على ارتكابه لها دلائل قوية ومعلومات موثوقة وتوفرت في حقه إحدى الحالات الآتية:

"١- إذا لم يكن له محل إقامة معروف بالبلاد.

٢- إذا قامت قرائن قوية على أنه يحاول إخفاء نفسه او الهرب.

٣- إذا رفض بيان اسمه وشخصيته، اوكذب في ذلك او قدم بيانا غير مقنع او رفض التوجه إلى مركز الشرطة بدون مبرر.

٤- إذا كان في حالة سكر بين.

٥- إذا اشتبه لأسباب جدية أنه هارب من إلقاء القبض عليه "[2] .

وهذا النص إلى جانب خلطه بين حالات الجريمة المشهودة وحالات الاستيقاف والتحفظ. هو معيب دستورياً، ومخلاً بأصل البراءة ؛لأنه يخالف صريح المادة ٤٨ الفقرة ب من الدستور اليمني، والتي لا تجيز القبض على اي شخص إلا في حالة التلبس او بأمر توجبه ضرورة التحقيق، وصيانة الأمن، يصدره القاضي، أو النيابة العامة وفقا لأحكام القانون. والأحرى بالمشرع اليمني أن يلغي هذا النص الذي يمنح مأمور الضبط القضائي، سلطة القبض على الأشخاص دون أمر بذلك. وفي غير حالة التلبس بالجريمة.

المطلب الثاني

الضمانات المكفولة للشخص المقبوض عليه

من أهم الضمانات التي نصت عليها المواثيق الدولية والدساتير والقوانين المحلية التي تحمي حقوق الشخص المقبوض عليه وتشكل مصدراً للحماية الجنائية لأصل البراءة.هي كالتالي:

١- تبليغه بأسباب القبض فوراً وبالتهم الموجهة إليه :

ويجد هذا الضمان سنده في للواثيق الدولية.حيث نصت عليه المادة ٩-٢ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية[3] . واكدته المادة ٥-٢ من الاتفاقية الأوربية

---

(1) المادة ١٠٣ بند خامسا من قانون الإجراءات الجزائية اليمني .

(2) المادة ١٠٣ بند سادسا القانون المذكور.

(3) حيث جاء في المادة ٩- ٢-يتوجب إبلاغ اي شخص يتم توقيفه بأسباب هذا التوقيف لدى وقوعه كما يتوجب إبلاغه سريعا باية تهمة توجه اليه .

لحقوق الإنسان والحريات الأساسية[1]. كما نص عليه كلُ من الدستور المصري في المادة ٤١ والدستور اليمني في المادة ٤٨-ج، وقانون الإجراءات الجنائية الفرنسي في المادة ٦٣ وقد بيناها سابقاً [2]

ولهذا الحق اهميته في فاعلية الحماية الجنائية لأصل البراءة، حيث يؤدي تخلف هذا الضمان إلى بطلان القبض. ويمكن القول بأن تسبيب القبض، او امر القبض يحد من خطورته على الحقوق والحريات، هذا من ناحية. ومن ناحية اخرى، يقيد مُصدر الأمر من الإفراط في إصداره. ثم أنه من ناحية ثالثة يجعل الرقابة القضائية على شرعيته اكثر فاعلية[3].

فأما كونه يحد من خطورته على الحقوق والحريات الأساسية، فلكون التسبيب يعني توافر اسباب حقيقية معلنة، وتم اكتشافها، تدل على ارتكاب الشخص المقبوض عليه لفعل، او افعال تمثل جريمة، ومن ثم يكون الإجراء لازماً للتحقيق، ولا يعد انتهاكاً لأصل البراءة[4].

وأما كونه يقيد مُصدر الأمر من الإفراط فيه دون مقتضى، فلكون عدم التسبيب يجعله متسرعاً في إصداره كلما طلب منه ذلك، دون تمحيص لأسبابه وتدقيق في مدى توافر الدلائل، والقرائن الكافية على صلة المطلوب القبض عليه، بما ارتكب، او اشتراك في ارتكاب جريمة من الجرائم التي تقتضي القبض عليه[5].

٢- حقه في الاتصال بمن يرى إبلاغه بما وقع والاستعانة بمدافع:

لا شك ان مقتضى الحماية الجنائية لأصل البراءة تفرض مثل هذا الحق للشخص المقبوض عليه، حيث يكون من حقه بعد أن يعرف سبب القبض عليه، او اعتقاله، ان يُبلغ كل من يرى إبلاغه، بما وقع له، حتى يعلموا سبب تغيبه عن اهله ، ومسكنه ويقدموا له المساعدات المصرح بها قانوناً. وله في المقام الأول حق الاستعانة بمدافع يناقشه بما اعلن من أسباب القبض عليه، والمطالبة بالإفراج عنه، إذا كان يعتقد ان

(1) " كل شخص يتم توقيفه يجب "أن يخطر" على وجه السرعة" بلغة بسيطة تخلو من التعقيدات الفنية، ويستطيع ان يفهمها بالأسباب القانونية للتوقيف والوقائع التي تبرر ذلك" . انظر النص فيما سبق ص.

(2) انظر ما سبق، ص٢٠٥.

(3) Anne TEISSIER: " garde à vue droits de défense...", op. cit. p41.

(4) الدكتور خيري احمد الكباش" الحماية الجنائية لحقوق الإنسان"، مرجع سابق، ص٥٥٦.

(5) ذات المرجع السابق :" المرجع السابق ، ص٥٥٦.

ما قيل له من أسباب لا توفر مقتضى القبض عليه[1].

٣- ألا ينفذ القبض عليه إلا في الأماكن المخصصة التي يحددها القانون:

حرصت المواثيق الدولية والدساتير على تأكيد هذا الحق، حيث لا يجوز حجز الشخص المقبوض عليه في غير الأماكن الخاضعة لقانون تنظيم السجون[2].

وبناء على ذلك إذا حجز الشخص المقبوض عليه في مكان غير المخصص للسجون كأن يكون في غرفة إحدى المؤسسات الحكومية، فإن ذلك يعد حبسا بغير حق حتى ولو كفلت له جميع الضمانات. ويسأل من يصدر عنه ذلك الفعل جنائيا وتأديبيا.

وعلة ذلك -كما ذهب بعض الفقه بحق-[3]. أن إيداع المقبوض عليهم في سجن رسمي يكفل معاملته وفقا للقانون، والاحتفاظ له بالحقوق التي يقررها للسجناء ويدرا عنه احتمال تعذيبه، أو امتهان كرامته، وهو ما يغلب تحقيقه إذا أودع في مكان لا يخضع لإشراف السلطات المختصة.

ولا يقف الأمر عند هذا الحد بل يجب أن يحجز الشخص المقبوض عليه في مكان منفصل عن المكان المخصص للمحكوم عليهم[4].

والجدير بالذكر ان العديد من القوانين- كما في القانونين الفرنسي والمصري- تلزم الهيئات القضائية زيارة هذه الأماكن بصفة دورية؛ حتى تتأكد من عدم وجود محبوس بصفة غير قانونية. ومن الوسائل التي تتيح لهم ذلك الإطلاع على دفاتر السجن، وعلى أوامر القبض والحبس واخذ صور منها والاتصال بأي محبوس والاستماع منه لأي شكوى يريد ان يبديها" وهذا النص يجد سنده في المادة ٤٢ من قانون الإجراءات الجنائية المصري. ويفتقر القانون اليمني لمثل هذا النص الذي يشكل رقابة هامة على تنظيم السجون.

٤- أن يعامل أثناء القبض عليه بما يحفظ عليه كرامة الإنسان:

من أهم الضمانات المترتبة على اصل البراءة، ان الشخص المقبوض عليه يجب أن يعامل كانسان شريف تحفظ له فيها كرامته وجميع حقوقه، إلا ما تقتضيه الضرورة تحقيقاً للمصلحة العامة التي يضحي من أجلها.

---

(1) ويجد هذا الحق سنده في المادة ٤٨ بند ج من الدستور اليمني والمادة ٧٣ من قانون الإجراءات الجزائية اليمني.
(2) انظر نص المادة٤٢ من الدستور المصري، والمادة ٤٨ بند ب من الدستور اليمني.
(3) الدكتور محمود نجيب حسني: " القبض على الأشخاص "، المرجع السابق، ص٧٥.
(4) المادة ٧١ إجراءات جزائية يمني.

وتطبيقا لذلك، فإنه لا يجوز تعذيب المقبوض عليه في اي صورة من الصور، فلا يجوز ضربه، او إهانته بقول، أو فعل، او إشارة. كما لا يجوز تهديده، ووضع القيود في يديه ورجليه، ولا يجوز حرمانه من المأكل والمشرب[1].

وغني عن البيان، أن هذه الحماية المقررة للشخص المقبوض عليه، لا تحول دون توقيع العقوبات التأديبية عليه، إذا توافرت مقتضاها[2].

ولا شك، ان معاملة جميع الأشخاص المحرومين من حريتهم معاملة إنسانية تحترم كرامتهم هي قاعدة جوهرية واجبة التطبيق عالمياً، حيث تجد هذه الضمانة سندها في المواثيق الدولية، فقد جاء في العهد الدولي لحماية حقوق الإنسان المدنية والسياسية في المادة ١٠-١ بأنه " يعامل جميع المحرومين من حريتهم معاملة إنسانية تحترم الكرامة الأصيلة في الشخص" .كما نصت عليه المادة الثالثة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان[3].

وهي من قبل ضمانات كفلتها أحكام التشريع الإسلامي لكل شخص تقيد حريته بأي قيد. وبالتالي يترتب على تجاهلها، ان يوصم العمل المخالف بعدم المشروعية الإجرائية، لانتهاكه أصل البراءة وما ينبثق عنه من حقوق.

٥- أن تكون مدة القبض عليه قصيرة:

من الضمانات الهامة التي يتمتع بها الشخص المقبوض عليه تأسيساً على اصل البراءة، أن تكون مدة القبض عليه قصيرة حتى لا تسلب حريته مدة تجاوز ما يلزم من وقت لتنفيذ القبض والتحقق من توافر شروطه، والاستماع إلى اقوال المقبوض عليه لتحديد مصيره، إما بالإفراج عنه، وإما بإصدار امر بحبسه احتياطيا[4].

وتكمن اهمية هذا الضمان في أنه لو بقي الشخص المقبوض عليه مدة طويلة، او مدة غير محددة، فإن ذلك يستفز المشاعر، و يزيد من شبهة إذنابه امام الناس، الأمر

([1]) انظر المادة ٤٢ من الدستور المصري . والمادة ٤٨ - ب- من الدستور اليمني.

([2]) انظر : الدكتور محمود نجيب حسني : " القبض على الأشخاص " ، المرجع السابق ، ص٨١. الدكتور حامد راشد : " دور المحكمة الدستورية العليا في إقرار مبادئ العدالة الجنائية" ، الطبعة الأولى ٢٠٠١، دار النهضة العربية، ٢٢٢ وما بعدها.

([3])Article 3 de Code de procédure pénale:" Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants".

([4])الدكتور محمود نجيب حسني " القبض على الأشخاص "، المرجع السابق، ص٨٢.

الذي يتعارض مع الحماية الجنائية لأصل البراءة.

وقد حددت معظم التشريعات مدة القبض المؤقت بأربع وعشرين ساعة حسب ما بيناه في التحفظ، حيث نصت المادة ٣٦ من قانون الإجراءات الجنائية في فقرتها الأولى بأنه" يجب على مأمور الضبط القضائي ان يسمع فورا أقوال المتهم المضبوط وإذا لم يأت بما يبرئه(عبارة تتعارض مع اصل البراءة) [1] يرسله في مدى أربع وعشرين ساعة إلى النيابة العامة المختصة.

ثم حدد المشرع المصري بعد ذلك مدة بقاء المقبوض عليه في سلطة النيابة العامة في حدود أربع وعشرين ساعة أخرى، فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة ٣٦ بأنه" يجب على النيابة العامة، أن تستجوبه في ظرف أربع وعشرين ساعة ثم تأمر بالقبض عليه أو إطلاق سراحه" .

ونصت المادة ٤٨ الفقرة ج من الدستور اليمني بأنه " كل من قبض عليه بصفة مؤقتة بسبب الاشتباه في ارتكاب جريمة، يجب أن يقدم إلى القضاء خلال أربع وعشرين ساعة من تاريخ القبض عليه، على الأكثر. ثم حددت المادة المشار إليها مدة بقاء الشخص المقبوض عليه في سلطة النيابة العامة. فقررت أنه يجب على الفور إصدار أمر مسبب باستمرار القبض، أو الإفراج عنه. وفي كل الأحوال لا يجوز للنيابة العامة الاستمرار في الحجز "حبسه احتياطيا" أكثر من سبعة أيام إلا بأمر قضائي.

ويلاحظ، أن المشرع اليمني كان أكثر تضييقا لمدة بقاء الشخص المقبوض عليه لدى النيابة العامة، حيث الزم النيابة العامة فوراً بضرورة إصدار أمرٍ مسببٍ باستمرار القبض، أو الإفراج عنه. ويبقى ضابط الفورية محل تقدير النيابة العامة، تحت إشراف المحكمة المختصة بنظر القضية.

وخلاصة القول: إن القبض كإجراء يرد على حرية الإنسان، هو في ذات الوقت من الإجراءات التي تمس أصل البراءة، حيث يلقي بظلال من الشك حول إذناب الشخص، ويعرض حريته الشخصية للتقييد، ولو لفترة ضئيلة ، لذلك نجد التشريعات الدولية والإقليمية والمحلية ، قد حددت الحالات التي يجوز فيها المساس بحق الشخص في التنقل، وفي ذات الوقت وضعت الضمانات، التي تحقق التوازن بين حماية الحرية الشخصية والمصلحة العامة.

---

[1] سبق القول بان هذا النص معيب دستورياً لمناقضته أصل البراءة .

وتتلخص اهم تلك الضمانات في ان يكون القبض بموجب امر صادر من جهة قضائية مختصة. ويستثنى من ذلك حالة التلبس بالجريمة، وان يتم تسبيب القبض او امر القبض، والا يتم تجاوز المدة المحددة قانونا للقبض، وإلا عد ذلك حبساً غير قانوني يستوجب معاقبة مرتكبه. وان يخضع الشخص المقبوض عليه لمعاملة إنسانية كريمة. هذه هي اهم الضمانات التي يجب التقيد بها. التي تعد مصدراً اساسياً من مصادر الحماية الجنائية لأصل البراءة.

الفصل الثاني

حماية أصل البراءة أثناء الحبس الاحتياطي

تمهيد وتقسيم:

إذا كانت النظرة السائدة للحبس الاحتياطي على أنه من أخطر إجراءات التحقيق مساسا بحرية الشخص في التنقل ،إذ بمقتضاه يتم إيداع المتهم الحبس فترة من الزمن. فإنه في الأصل إجراء يناقض أصل البراءة التي يتمتع بها كل شخص وضع موضع الاتهام ولم يصدر فيه حكم بات بالإدانة. فهو من ناحية يحمل شكل العقوبة على الشخص الملاحق جنائياً، في حين أنه لم يحاكم بعد، ولم يصدر في حقه اي إدانة.

وخطورة هذا الإجراء، أنه يدفع بقرينة الإذناب إلى الواجهة بقوة، قبل أن يقول القضاء كلمته في المتهم، مما يؤثر على شرفه وسمعته ومصالحه، وعلى أفراد عائلته فيؤدي غالبا إلى فقدانه لعائلته، خصوصا في المجتمعات الغربية كفرنسا -مثلا- ،حيث ثبت ذلك على أرض الواقع[1].

ومن المؤكد، أن الحبس الاحتياطي، أو" التوقيف " كان وما زال له مظاهر سيئة في التشريعات المقارنة[2]؛ فقد أسيء استخدامه في العديد من البلدان -وخاصة في النظم التسلطية- حيث يودع الشخص المتهم جنائياً- بمقتضى هذا الإجراء- في السجن خلال فترة التحقيق كلها،او بعضها ويتعرض لانتهاك كرامته الإنسانية، الأمر الذي

---

(1)voir:Gaston STEFANI,Georges LEVASSEUR et Bernard BOULOC:"procédure pénale",18eédition,Dalloz.2001.N°557.aussi,:Albert Maron:"Témoin Assisté et Personne Mise en Examen ,Nouveaux coupables ou nouveaux innocents?, Rev. Pénit. D. P.,N°1Avril 2001,p28 et s.

(2)انظر في ذلك: الدكتور حسن صادق المرصفاوي: " الحبس الاحتياطي وضمان حرية الفرد في التشريع المصري ،رسالة دكتوراه ، مرجع سابق ، ص ٣٥ وما بعدها. الدكتور عبد الجواد عبد الغفار محمد أبو هشيمة : " ضمانات الحرية الشخصية في مرحلة التحقيق الابتدائي في قانون الإجراءات الجنائية المصري مقارنا بالشريعة الإسلامية " ، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ، ١٩٩٥، ص ٢٤٧. الدكتور خيري أحمد الكباش:" الحماية الجنائية لحقوق الإنسان"، المرجع السابق، ص٥٨٠. الدكتور عبد العزيز أحمد سيف القدسي : " الحبس الاحتياطي في التشريع اليمني "،رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة كلية الدراسات العليا، ٢٠٠٥ ، ص١ وما بعدها. وانظر :
Rachid Khaldi: "La détention provisoire",Thèse de doctorat,Université de soutenance,1958, p356 et s.

يؤدي إلى اضرار بليغة يصعب - إن لم نقل يستحيل- تعويضها[1].

ومن المظاهر السلبية في التشريعات المقارنة، ما كان سائداً في فرنسا، حيث كان قاضي التحقيق ينظر إلى الحبس الاحتياطي، لا باعتباره أحد مستلزمات التحقيق في القضية المعروضة امامه، بل على اساس انه عقوبة مبكرة، يمكن لقاضي التحقيق ان يقررها دون انتظار حكم المحكمة، خاصة إذا تولد لديه الاعتقاد ان المكانة الاجتماعية لهذا المتهم تحميه من عقوبة مقيدة للحرية في المستقبل. ولذلك كان يقضي بوضع المتهم رهن الحبس الاحتياطي لمدة ستة اشهر مثلاً. وبذلك يضمن ان المتهم قد لاقى بالفعل عقاباً. وأن المحكمة بعد ذلك إذا قضت بالإدانة، فإنها لن تستطيع ان تنزل بالعقوبة عن هذه المدة،إذ إن المتهم يكون قد قضاها بالفعل في محبسه، ويكون من مصلحة قضاة الحكم ألا ينزل بالعقوبة عن ذلك حتى لا يلتزم بالتعويض عن مدة الحبس الاحتياطي الزائد . في حالة قضائه بمدة أقل[2].

وعلى الرغم من تصادم هذا الإجراء مع أصل البراءة، وما يخلفه من آثار سيئة فإنه إجراء ضروري لا يمكن الاستغناء عنه في بعض الأحوال[3] للمصلحة العامة ولتحقيق حسن سير العدالة الجنائية المتمثلة في المحافظة على مصلحة التحقيق.

ويقتضي التوازن بين مقتضيات التحقيق واحترام أصل البراءة، ان يحاط هذا الإجراء بالعديد من الضمانات التي تؤكد بأن الحبس الاحتياطي ما هو إلا إجراء يرد استثناءاً على اصل عام هو حرية التنقل ، واصل آخر هو أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته[4].

وللوقوف على الضمانات التي كفلتها المواثيق والتشريعات محل المقارنة لحماية

---

(1) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور : " القانون الجنائي الدستوري "، ط٤ ٢٠٠٦ ،مرجع سابق ص ٤٨٣. وانظر :

Claude COHEN:"A propos de la détention provisoire. Vers la réforme permanente? , *Gaz. Pal.* 26-27 avril 1995, Doctrine, p.26 et s.

(2) إدريان شارل دانا : مرجع سابق.

(3) Roger MERLE et *André VITU*: " Traite de droit Criminel - tome .II - Procédure Pénale ",Troisième édition 1979,Cujas,Paris.N° 385. Carol VUILLEMIN-GONZALES :" *La* Protection de *la liberté* pendant la phase préparatoire "op.cit. p.103 et s.

(4) انظر : استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور : " القانون الجنائي الدستوري " ،ط٤ ٢٠٠٦ ،مرجع سابق ص ٤٨٢و ٤٨٣.

اصل البراءة عند حبس المتهم احتياطياً يجدر بنا أن نحدد على عجالة ماهية الحبس الاحتياطي ومبرراته، ثم نحدد بعد ذلك الضمانات التي كفلها النظام الإسلامي للحبس الاحتياطي. ثم في المبحث الثالث نتناول ضمانات الحبس الاحتياطي في القانون الوضعي . وفي المبحث الرابع نتناول وذلك من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول : ماهية الحبس الاحتياطي ومبرراته.

المبحث الثاني :ضمانات الحبس الاحتياطي في النظام الإسلامي

المبحث الثالث : ضمانات الحبس الاحتياطي في القانون الوضعي.

****

المبحث الأول

ماهية الحبس الاحتياطي ومبرراته

أولاً : ماهية الحبس الاحتياطي "التوقيف" :

يقصد بالحبس الاحتياطي سلب حرية المتهم بحبسه مؤقتا على ذمة التحقيق في واقعة جنائية يجيز فيها القانون لسلطة التحقيق اتخاذ هذا الإجراء؛ لأسباب قدر المشرع أنها أولى بالرعاية ولتعلقها بمصلحة التحقيق[1] .

وقد شاع مصطلح الحبس الاحتياطي في العديد من التشريعات[2] ولدى رجال الفقه، غير أن هناك تشريعات أخرى تطلق عليه "التوقيف"، كالتشريع الأردني السوري واللبناني[3] أما التشريع الفرنسي، فقد كان يطلق عليه الحبس الاحتياطي "la détention préventive" حتى عام ١٩٧٠ وبصدور قانون ١٧يوليو١٩٧٠ ألغي هذا

---

(1) انظر في تعريف الحبس الاحتياطي : الدكتور رءوف عبيد : " مبادئ الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ط١٦ ، ١٩٨٥، ص٤٥٦. استاذنا الدكتور محمد أبو العلا عقيدة : " شرح قانون الإجراءات الجنائية " ، مرجع سابق ، ص٤٦٠. الدكتور هلالي عبد اللاه احمد : " المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي" ، مرجع سابق ، ص٧١. الدكتور عوض محمد عوض : " المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية ، منشاة المعارف ط٢٠٠٢ ٩، ص٤٣٢. الدكتور مامون محمد سلامة : " الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ج٢دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ ، ص٦٩٨. وانظر
G. TAORMINA:" Réflexions sur la détention provisoire des majeurs", Rev. Pénit. droit pénal, CUJAS, N° 1AVRIL 2001, p64 et s.

(2) ومن التشريعات التي اطلقت على الإجراء "الحبس الاحتياطي" : التشريع المصري" المادة١٣٤.ج واليمني" المادة ١٨٤ أ.ج" والكويتي" المادة ٦٩.ج".

(3) انظر : المواد : " ١١ و١٠٠ و١٠٢ من قانون اصول المحاكمات الجزائية اللبناني.

المصطلح واستخدم بدلاً عنه عبارة التوقيف المؤقت"la détention provisoire"[1].

وإذا كان يتعين الدقة في اختيار اللفظ الذي يدل على المعنى المقصود لهذا الإجراء، فإن كلمة التوقيف هي الأكثر دقة للدلالة على هذا الإجراء المقيد للحرية ولا يحتاج إلى لفظ آخر يوضح معناه ، كما هو حال الحبس الذي يقبل التأويل. فقد يقصد به العقوبة السالبة للحرية. ولذلك أضيف إليه الاحتياطي لتوضيح المعنى[2]. ومن الناحية النفسية لفظ التوقيف أقل تأثيراً من لفظ الحبس الذي قد ينصرف الذهن إلى عقوبة الحبس.

وقد شاع استخدام كلمة التوقيف في نصوص بعض الاتفاقيات، كالاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية والاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان[3]. ولذلك. فإننا نرى أنه من الأفضل استخدام مصطلح التوقيف للدلالة على الحبس الاحتياطي.

وأي كانت التسمية . فإن ذلك لا يخفي حقيقة كونه إجراءاً استثنائياً، ينبغي فهمه دائما على أن اعتبارات قوية هي التي تبرر الأخذ به، لأنه -كما سبق القول- يتعارض مع حماية الحرية الشخصية. والحماية الجنائية لأصل البراءة.

وقد حرص المشرع الفرنسي في تعديلاته الجديدة، أن يؤكد على الطابع الاستثنائي لهذا الإجراء الخطير تدعيما لأصل البراءة، حيث نصت المادة ١٣٧ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي -بعد تعديلها- على أن "الشخص محل الفحص " المتهم" الذي تفترض براءته . يبقى حراً، ومع ذلك يجوز لضرورات التحقيق، أو على سبيل التدبير الاحترازي، أن تفرض عليه مجموعة من الالتزامات وفقا لنظام الرقابة القضائية، ويكون اللجوء إلى التوقيف المؤقت بصفة استثنائية ، حين يتضح أن هذه

---

(1) Marcel LEMONDE:" Le juge des libertés et de la détention une réelle avancée?" Dalloz,R.S.C.N1, janv.-mars 2001, P51 et s.

(2) قريبا من هذا التوصيف : د محمود محمود مصطفى : " الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الإنسان " تقرير مصر المقدم إلى المؤتمر الدولي المنعقد بالقاهرة في الفترة من ١٦-٢١ ديسمبر ١٩٨٩ . أعد الكتاب كلا من الدكتور محمد شريف بسيوني والدكتور عبد العظيم. وزير، دار العلم للملايين- بيروت- مايو١٩٩١، ص ٣٧٦، ٣٧٧. الدكتور إسماعيل سلامة: " الحبس الاحتياطي "، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨١، ص ١٨. وانظر : الدكتور عبد الإله محمد سالم النوايسة: " ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي " ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠٠ ص٤٦٠.

(3) انظر نص المادة ٩ الفقرة ٢ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

الالتزامات غير كافية لتحقيق اهدافها"[1].

ثانيا: مبررات الحبس الاحتياطي:

يستند الحبس الاحتياطي على جملة مبررات يأتي في مقدمتها حماية مصلحة التحقيق[2]، حيث إن سلامة التحقيق الجنائي تقتضي وضع المتهم تحت تصرف المحقق حتى يتمكن من استجوابه، أو مواجهته بالأدلة، كلما رأى ضرورة لذلك. الأمر الذي يساعده في النهاية على سرعة إنجاز الإجراءات الجنائية الموصلة للحقيقة. وذلك على عكس ما إذا اطلق سراح المتهم، فقد يعمد إلى إخفاء الأدلة، أو طمسها. وقد يؤثر على شهود الإثبات، أو يهدد المجني عليه. وقد يؤدي ذلك إلى هربه[3].

وهناك مبرر ثاني يسوقه بعض الفقه- تحت تأثر فكرة الدفاع الاجتماعي- يقوم على اعتبارات الأمن، إذ يؤدي اتخاذ هذا الإجراء إلى الوقاية، أو الاحتراز للحيلولة دون عودة المتهم إلى مقارفة الجريمة المنسوبة إليه، وهذا يمثل حماية لأمن المجتمع، كما يؤدي هذا الإجراء- بحسب قولهم- إلى وقاية المتهم من احتمالات الانتقام منه ولتهدئة الشعور العام الثائر بسبب فداحة الجريمة ، بالإضافة إلى ضمان تنفيذ الحكم

---

(1)Article 137: (Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 art. 1 Journal Officiel du 19 juillet 1970) (Loi n° 84-576 du 9 juillet 1984 art. 8 et art. 19 Journal Officiel du 10 juillet 1984 en vigueur le 1er janvier 1985) (Loi n° 87-1062 du 30 décembre 1987 art. 2 Journal Officiel du 31 décembre 1987 en vigueur le 1er septembre 1989) (Loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 art. 21 Journal Officiel du 8 juillet 1989) (Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 178 Journal Officiel du 5 janvier 1993 en vigueur le 1er mars 1993)(Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 art. 16 Journal Officiel du 25 août 1993 en vigueur le 2 septembre 1993) (Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 46 Journal Officiel du 16 juin 2000)

La personne mise en examen, présumée innocente, reste libre. Toutefois, en raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté, elle peut être astreinte à une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire. Lorsque celles-ci se révèlent insuffisantes au regard de ces objectifs, elle peut, à titre exceptionnel, être placée en détention provisoire.

(2) ويستخلص هذا المبرر من نص المادة ١٤٣ من قانون الإجراءات الجنائية مصري والمادة ١٨٤ من قانون الإجراءات الجزائية اليمني.

(3) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور ، " القانون الجنائي الدستوري"، ط٣، ٢٠٠٤، مرجع سابق، ص٤٧٦. استاذنا الدكتور محمد ابو العلا عقيدة ، " شرح قانون الإجراءات الجنائية "مرجع سابق، ص٤٦١. الدكتور هلالي عبد اللاه احمد : " المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي" ، مرجع سابق ، ص٧١٦.

عليه بالحيلولة دون هروبه[1].

ويعد هذا التبرير محل انتقاد لدى رجال الفقه[2] - ونؤيدهم في ذلك- حيث يؤدي القول بتلك الاعتبارات إلى الخروج عن الهدف الجوهري منه، وهو مصلحة التحقيق فهو من ناحية، قد يرقى إلى مصاف العقوبات إذا قلنا انه إجراء احترازي. وبالتالي يخرج عن طبيعته الوقتية. ثم إن القول بأن هذا الإجراء يؤدي إلى وقاية المتهم من احتمالات الانتقام منه ولتهدئة الشعور العام الثائر بسبب فداحة الجريمة، فإن هذا المبرر لا يجوز مجابهته بحبس اشخاص الأصل فيهم البراءة، وعلى اجهزة الأمن توفير الحماية اللازمة للشخص حتى يقول القضاء كلمته في الدعوى المنظورة امامها، لا ان تمس حريته الشخصية بذريعة المحافظة عليه، وتهدئة الراي العام ، خصوصا وان هذا الشعور لدى الراي قد يكون مصطنعا بفعل الحملات الصحفية التي تستهدف الإثارة وتبتعد عن المصلحة العامة.

واما القول بأن الحبس الاحتياطي من شانه، ان يضمن عدم هروب المتهم وبالتالي يضمن تنفيذ العقوبة، هو قول غير مقبول،لأنه يجعل الحبس الاحتياطي هو الأصل والإفراج هو الاستثناء ، وبالتالي يصادم هذا المبرر حق الشخص في ان ينظر له على انه بريء عملاً بأصل البراءة[3].

وقد ذهبت اللجنة الأمريكية الدولية إلى أن مبدأ البراءة المكفول في المادة الثامنة في الفقرة الثانية من الاتفاقية الأمريكية، تقضي بأن اية قيود تفرض على الحرية الشخصية، يجب أن تقتصر على ما تمليه الضرورة القصوى[4].

---

(1) راجع : أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور : " القانون الجنائي الدستوري"، مرجع سابق، ص٤٧٦ الدكتور حسن صادق المرصفاوي : " الحبس الاحتياطي وضمان حرية الفرد في التشريع المصري ، رسالة دكتوراه مرجع سابق ، ص٢٧ وما بعدها . الدكتور إسماعيل محمد سلامة: " الحبس الاحتياطي- دراسة مقارنة". رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨١، ص ٥١ والمرجع المشار إليه في الهامش.

(2) أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري"،مرجع سابق، ص٤٧٢. الدكتور احمد إدريس أحمد: " افتراض براءة المتهم"، مرجع سابق، ص٧٤٠.

(3) الدكتور حسن صادق المرصفاوي : " بدائل التوقيف المؤقت " ، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب " سابقاً" ، الندوة العلمية التاسعة ، الرياض ، ١٩٨٤، ص٧و٨.

(4) من المعلوم ان الاتفاقية الأمريكية وكافة المواثيق الدولية في عصرنا الراهن أصبحت منتهكة بشكل سافر من قبل الدول العظمى وفي مقدمتها الولايات المتحدة الأمريكية ، حيث تمارس أبشع صور التعسف والانتهاك للحقوق والحريات الشخصية وأصل البراءة وقد صدر قانون وطني سمي " باتريوت اكت" عقب أحداث سبتمبر ٢٠٠١ أطلق أيدي الأجهزة الأمنية بحرية في المراقبة والاشتباه والاعتقال والحبس الاحتياطي ضد كل ما هو عربي ومسلم، الأمر الذي أصاب الحقوق والحريات بضربة عنيفة من مجتمع يدعي الحرية. ناهيك عن الاعتقال والحبس الذي طال العديد من الأشخاص بحجة مكافحة الإرهاب والحفاظ على الأمن القومي. دون أن يخضعوا لمحاكمة عادلة.

ولذلك يبقى السند الحقيقي للحبس الاحتياطي مرهوناً، بضرورات التحقيق وفي اضيق الحدود ولمدة محددة.

المبحث الثاني

ضمانات الحبس استظهاراً في النظام الإسلامي

وازن التشريع الإسلامي بين المصالح والمفاسد، فمن ناحية أولى كفل الحرية الشخصية للإنسان باعتبار إنسانيته وتكريم الله- تعالى- له، حيث جعل من حقه أن يعيش آمنا في سربه معافى في ماله ونفسه وعرضه، حراً في تحركاته مستصحباً البراءة الأصلية من كل إثم وجرم، حتى يثبت المغير بوجه قاطع. وهنا هو الأصل العام. ومن ناحية ثانية قرر الحق في تقييد الحرية للمصلحة العامة، وفقا لضرورات التحقيق، والضرورة كأصل من أصول التشريع الإسلامي تقدر بقدرها.

وقد سبق القول بأن الحبس عند فقهاء الشريعة الإسلامية على ضربين: حبس عقوبة، وحبس على سبيل الاحتياط، أو الاستظهار، وهو: ما يعرف في النظام الإجرائي المعاصر بالحبس الاحتياطي[1].

ووفقاً لذلك، فإننا سوف نناقش موقف التشريع الإسلامي من الحبس الاحتياطي، ومدى الضمانات التي كفلها للشخص.وذلك على النحو التالي:

أولا : سند الحبس الاحتياطي في الفقه الإسلامي :

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في جواز حبس المتهم احتياطاً لمنعه من الهرب إلى ثلاثة اتجاهات.

الاتجاه الأول : جواز حبس المتهم :

ذهب غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية للقول بذلك[2] وسندهم في ذلك فيما روى عن رسول الله ﷺ، انه حبس رجلاً في تهمة ثم خلى عنه[3].

---

(1) استاذنا الدكتور محمد ابو العلا عقيدة : " أصول علم العقاب - دراسة تحليلية وتأصيلية للنظام العقابي المعاصر مقارناً بالنظام الإسلامي -، مرجع سابق، ص٣٦.

(2) انظر، الأحكام السلطانية للما وردي ، ص٢١٩ " شافعي " ، البهجة في شرح التحفة ابن عبد البر القرطبي " مالكي " ، ج٢ ، ص٣٦٠ الطرق الحكمة في السياسة الشرعية لابن القيم ، ص١١٨ .إعلام الموقعين ،لابن القيم الجوزية " حنبلي " ، جـ٢ ، ص٦٠٤. البحر الرائق لابن نجيم ، جـ٥ ، ص٦.

(3) الدر المختار شرح تنوير الأبصار، جـ ٥ ص ٢٧٦.

واستدل هؤلاء بأن رسول الله ﷺ حبس احد الغفاريين استظهاراً، عند اتهامهم بسرقة إبل ..[1].

الاتجاه الثاني: عدم جواز حبس المتهم:

يرى بعض الفقهاء[2] إلى عدم جواز حبس المتهم ما لم تقم على الإدانة قرائن قاطعة، أو ظنية قوية بارتكاب ما يوجب حبسه . فأنصار هذا الراي يحتجون بأن الحبس هو من جنس الحدود، ومن ثم لا يجوز إيقاعه بمجرد الشبهة، إذ الأصل أن حرية الإنسان مكفولة - فله أن ينتقل حيث يشاء، وكما يشاء تطبيقا لقوله تعالى :

﴿ هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذَلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ ﴾[3]

وبناء على ذلك، ليس لأحد ان يحبس إنسانا عن السعي في الأرض بغير حق.

وقد ذهب هذا الفقه إلى، أن تحقيق المساواة بين المتخاصمين، يقتضي التسوية بينهم في كل شيء. وهذا ضمان من ضمانات تحقيق العدالة لذوي الشبهة، والأحاديث النبوية تدعو إلى التسوية. وحسن الاستماع إلى الخصمين ، فقد رُوي عن على بن ابى طالب -رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ قال : . يا علي إذا جلس إليك الخصمان، فلا تقض بينهما حتى تسمع من الأخر كما سمعت من الأول ، فإنك إذا فعلت ذلك تبين لك القضاء .. وحبس المدعى عليه فيه إخلال بهذه المساواة.

وتطبيقا لذلك، لا يجوز الحبس قبل ثبوت التهمة[4].

الاتجاه الثالث : التفريق بين المتهمين:

ذهب جانب من فقهاء الشريعة[5] إلى أن المتهمين بالجنايات،كالقتل وقطع الطريق، والسرقة، والزنا، والقذف وغيرها من جرائم الحدود والقصاص، يتم تصنيفهم إلى ثلاثة أصناف:

الصنف الأول: التهم الموجهة ضد اشخاص من أهل العلم و الصلاح والتقى: فهؤلاء

---

(1) سبق تخريج الحديث في الفصل الأول ن هذا الباب .
(2) المحلى لابن حزم الظاهري، ج ١١ ، ص١٣٢.
(3) سورة الملك، الآية ١٥.
(4) انظر في هذا المحلي لابن حزم الظاهري، ج ١١ ، ص١٣٢.
(5) وذهب إلى هذا الراي شيخ الإسلام بن تيمية وتلميذه بن القيم . انظر السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية لابن تيمية ، ص٤٨. وانظر الطرق الحكمية ج١، ص، ١٤٦ ،١٤٧.

لا يجوز حبسهم على ذمة التحقيق، لأنهم ابعد عن الفساد.

الصنف الثاني: المتهم مجهول الحال: وهو المتهم الذي لا يعرف بالصلاح والتقوى، ولا بالفجور. وهذا الصنف يجوز حبسه، حتى ينكشف امره.

الصنف الثالث: المتهم المعروف بالفجور: وهذا الصنف جاز حبسه، لأنه إذا كان من الجائز حبس مجهول الحال، فهذا من باب اولى.

ويرى انصار هذا الراي، ان حبس الشخص المشهور بالفجور، هو نوع من السياسة العادلة التي تتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية، فقد حبس رسول الله ﷺ في تهمة، وعاقب في تهمة لما ظهرت امارات الريبة على المتهم. و ان من يقول بإخلاء سبيل الشخص المشهور بالفجور مع علمهم باشتهاره بالفساد في الأرض ونقب الدور وتواتر السرقات ـ ولا سيما مع وجود المسروق معه ـ بحجة عدم مؤاخذته إلا بشاهدَيْ عدل، او إقرارٍ عن طواعية واختيار، فقوله مخالف للسياسة الشرعية[1].

ويظهر ان الحبس في الصورة الأخيرة، هو نوع من العقوبة تطبق على الشخص الذي تواترت الأدلة على قيامه بارتكاب جرائم سرقة وفساد في الأرض، ووجدت المسروقات معه. فهذا الصنف يستحق ان تطبق عليه عقوبة الحبس تعزيراً لمصلحة المجتمع، إذا سقطت عنه العقوبة الحدية لوجود شبهة. او عدم توفر النصاب القانوني للشهادة، وليس هنا بصدد الحبس الاحتياطي.

واما المتهم مجهول الحال، فهذا يحبس للضرورة حتى يستبان وجه الحق، ولضمان عدم هربه، وهذا الحبس هو ما نقصده.

ثانيا : ضمان جسامة الفعل كسبب للحبس :

يظهر من شواهد الحالات التي تزخر بها كتب الفقه الإسلامي، ان الحبس على ذمة التحقيق لا تكون إلا في كبيرة، كجرائم الحدود والقصاص، كالقتل وقطع الطريق او الزنا او السرقة. ولا يصح حبس الشخص احتياطياً إلا إذا توافرت إثباتات معقولة تشير إلى ارتكابه جريمة من الجرائم الجسيمة[2].

وعلى سبيل المثال: قيام القاضي بحبس المتهم احتياطياً على خلفية جريمة

---

(1) إعلام الموقعين، ج٢ ص٦٠٢.

(2) انظر : الدكتور هلالي عبد اللاه احمد، "المركز القانوني للمتهم"، مرجع سابق، ص ٨١٦ و٨١٧.

السرقة، او الزنا إلى حين التحري عن عدالة الشهود، إذا كانوا مجهولين. او استكمال النصاب الشرعي من الشهود[1]. او حبسه لوجود قرائن ترجح قيام المتهم بارتكاب جريمة من الجرائم الجسيمة.وفي ذلك قال احد الفقهاء[2]: إن لم يعرف القاضي شهود القذف بالعدالة حبسه حتى يسال عنهم، لأنه صار متهماً بارتكاب ما لا يحل من هتك الستر وأذى الناس بالقذف، فيحبس لذلك إلى حين التحقق من أمره.

ثالثاً: تضييق مدة الحبس الاحتياطي في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في تقدير مدة الحبس الاحتياطي، فهناك راي ذهب إلى ان ذلك مرهون للقاضي حسبما يراه لازماً للكشف والاستظهار[3]. ويرى عبد الله بن الزبير ان الحبس في التهمة مقدر بشهر[4].

وهذا الأخير هو المرجح، لاتفاقه مع السياسة الجنائية العادلة التي تقوم على اساس أن المصلحة تتطلب تحديد مدة زمنية معقولة، ينتهي عند انقضائها حبس المتهم احتياطاً، حتى لا تظل حريته رهن التقييد، مما يخل باستصحاب أصل البراءة.

رابعاً: الإفراج المؤقت كبديل للحبس الاحتياطي في التشريع الإسلامي:

الأصل عند فقهاء الشريعة الإسلامية، ان الحبس الاحتياطي هو مفسدة في حق المحبوس، لكنه جائز لمصالح ترجح على مفسدته، وهي ضرورات التحقيق ولضمان حسن سير العدالة[5].

والتساؤل المطروح على بساط البحث هو: عما إذا كان من الجائز الإفراج عن المتهم بكفالة، او بدونها بدلاً من حبسه احتياطياً.

والواقع ان فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا في ذلك، فهناك من يرى أن الإفراج عنه بكفالة يكون مطلقا في كافة الجرائم. وهناك من يرى الإفراج عنه في بعض الجرائم.

---

(1) فتح القدير، للإمام محمد بن عبد الواحد السيواسي، المعروف بكمال الدين ابن الهمام، ويكمله شمس الدين احمد بن قودر المعروف بقاضي زاده وسمى التكملة "نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، جـ١٢، ص ١٩٨. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للكاساني (علاء الدين ابو بكر)، دار الفكر، جـ٦، ص٩.

(2) المبسوط للسرخسي، جـ ٩، ص ١٠٦.

(3) انظر، الطرق الحكمية، لابن القيم جـ١، ص ١٤٩. البحر الرائق ج: ٥ ص: ٤٦

(4) الطرق الحكمية، جـ١ ص: ١٥٠

(5) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام، جـ١ ص ١٠٠.

وحسب راي جمهور الفقهاء[1] -عدا الإمام الشافعي في احد قوليه - يجوز الإفراج عن المتهم بكفالة، وسندهم في ذلك حديث ابي هريرة رضي الله عنه، الذي جاء فيه ان الرسول ﷺ" حبس رجلاً في تهمة". وجاء في رواية اخرى لأبي هريرة، انه اخذ من متهم كفيلاً تثبتاً واحتياطا[2].

وإذا كان جمهور الفقهاء قد قالوا بجواز الكفالة بإحضار المتهم مجلس التحقيق، او القضاء، فإنهم اختلفوا في جواز ذلك بالنسبة للحدود والقصاص. فذهب بعض الفقه إلى، انه لا يمكن الكفالة في جرائم الحدود[3]، وحجتهم ان الغرض من الكفالة ضمان حضور المكفول عند الحاجة إليه من اجل استكمال التحقيق حول التهمة الموجهة إليه، او من اجل استيفاء ما وجب عليه بمقتضى الحكم الشرعي. وفي الكفالة بإحضار المتهم في الحدود للتوثق والاحتياط فيه احتيال لإقامة الحد، والحد مبني على الدرء والإسقاط،لأنه لا يمكن استيفاء الحد من الكفيل، إذا تعذر إحضاره المكفول عنه[4].

والبعض ذكر انه لا يكفل في شيء من الحدود والقصاص، كقول ابي حنيفة وابي يوسف[5]، لأن الكفالة، إقامة الكفيل مقام المكفول عنه في الإيفاء، وهذا لا يتحقق في شيء من الحدود، فلا تصح الكفالة بها.

وفي قول آخر لأبي يوسف: إنه يمكن الكفالة في دعوى حد القذف عليه، وكذلك في دعوى القصاص[6]. وحجة هذا الراي الأخير، أن حد القذف حق لأدمي، فجازت فيه الكفالة، كبقية الحقوق المالية وغير المالية، كما ان الكفالة شرعت لتسليم المكفول للقاضي عند الضرورة، وتسليم من وجب عليه الحد، ليقام عليه، فجازت الكفالة فيه، كسائر الحقوق .

و يرى القائلون بحق الكفالة في دعاوى الحدود والقصاص أن الحبس جائز في حق من ادعي عليه بقذف، فجازت الكفالة من باب اولى ،لأن الاستيثاق في الحبس أبلغ

---

(1) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان الزيلعي، للطبعة الأميرية ، ١٣١٥هـ، جـ١٢ ،ص ٧٣ . المبدع شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح،(٨١٦-٨٨٤هـ)، للكتب الإسلامي -بيروت-،(١٤٠٠هـ)، جـ٤ ص ٢٦٢ . القوانين الفقهية، محمد بن احمد بن جزي(٦٩٣ - ٧٤١هـ)، ص٢٧٩.

(2) سنن الترمذي ، جـ٤ ص٤٨ وايضا سنن البيهقي ج٦ ص٧٧.

(3) المبسوط، للسرخسي، جـ ٩ ، ص ١٠٦.

(4) انظر : هلالي عبد اللاه احمد ، " المركز القانوني للمتهم " ، مرجع سابق ، ص٨٢٨.

(5) المبسوط، للسرخسي، جـ ٩ ، ص، ١٠٦

(6) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، محمد بن احمد بن حمزة الرملي،(٩٧٣هـ) ، جـ٤، ص٤٤٧. حواشي الشرواني وبن القاسم على تحفة المحتاج ، عبد الحميد الشرواني، دار الفكر -بيروت-، جـ٥ ، ص ٢٦٠.

منه في الكفالة بالإحضار.

وبعد استعراض - موجز - أراء فقهاء الشريعة الإسلامية في موضوع كفالة إحضار المتهم إلى مجلس القضاء عند الاقتضاء، كبديل عن الحبس الاحتياطي، نذهب إلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بجواز ذلك في جميع الجرائم، لاتفاقه مع السياسة الجنائية المعاصرة. التي تتجه إلى الحد من الحرية الشخصية، والبحث عن بدائل للحبس الاحتياطي.

المبحث الثالث

ضمانات الحبس الاحتياطي في القانون الوضعي

تتعدد الضمانات المكفولة للشخص المتهم ، الذي يعد في الأصل بريئاً حتى تثبت إدانته بحكم بات، وهذه الضمانات كفلتها المواثيق الدولية والدساتير، وأكدتها القوانين الداخلية للبلدان المقارنة

وسوف نبين تلك الضمانات باعتبارها من مصادر الحماية الجنائية لأصل البراءة وذلك على النحو التالي:

تتعدد الضمانات القانونية للحبس الاحتياطي والتي يمكن أن نستمدها، إما من الشروط الموضوعية للحبس الاحتياطي، أو من بعض الشروط الشكلية، أو من تلك التي تتعلق بتنفيذ أمر الحبس الاحتياطي.

وسنتناول تلك الضمانات من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

الضمانات التي تتعلق بالسلطة المختصة بالحبس الاحتياطي

من اهم ضمانات الحبس الاحتياطي ان تتولاه جهة قضائية مختصة، لها صفة الحياد والاستقلال.

وسوف نستعرض ذلك في كل من فرنسا ومصر واليمن. على النحو التالي:

أولاً : في التشريع الفرنسي:

استحدث المشرع الفرنسي بموجب قانون " تدعيم حماية قرينة البراءة وحقوق المجني عليه" الصادر في ١٥ يونيه ٢٠٠٠ منصب قاضي الحريات والحبس" le juge des

libertés et de la détention "[1]. وذلك في المادة ١٣٧-١ والمعدلة بموجب قانون رقم ٢٠٤ لسنة ٢٠٠٤، حيث تنص على، أن " قرار الوضع رهن التوقيف المؤقت وقرار تجديده وكذلك قرار الإفراج يتم اتخاذهم بواسطة قاضي الحريات والحبس الذي يكون احد قضاة الحكم، بمرتبة رئيس، أو نائب أول للرئيس، أو نائب رئيس ويتم تعيينه من قبل رئيس المحكمة الكلية[2]. وفي حالة انشغال قاضي الحريات والحبس المعين، وكذلك انشغال النائب الأول للرئيس، أو نائب الرئيس يتم اختيار قاضٍ آخر للحريات والحبس من قضاة الحكم، ويكون الاختيار بحسب اقدميته في الدرجة، والأكثر خبرة، ويتم تعيينه من قبل رئيس المحكمة الكلية ..

وفي كل الأحوال، فإن القاضي الذي يشترك في إحدى الملفات الجنائية، كقاضي حريات وحبس، لا يجوز له الاشتراك في قضاء الحكم بالنسبة لهذا الملف".

ويظهر من ذلك أن قاضي الحريات والحبس هو قاض فرد ؛ **بمعنى أنه لا يعد درجة ثانية من درجات التحقيق، تستأنف امامه قرارات قاضي التحقيق**؛لأن القانون لم يضف عليه صفة مرجع استئنافي ، وإنما يعد هو ايضا درجة أولى من درجات

---

(1)voir:Marcel LEMONDE:" Le juge des libertés et de la détention une réelle avancée?"OP. Cit.P51 et s. Gaétan di MARINO:" la Reforme de la détention provisoire (loi n 2000-516 du 15 juin 2000) op.cit. P323 et s.

(2) Article 137-1 (Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 235 Journal Officiel du 5 janvier 1993 en vigueur le 1er mars 1993) (Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 art. 34 Journal Officiel du 25 août 1993 en vigueur le 2 septembre 1993) (Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 57 Journal Officiel du 5 janvier 1993 en vigueur le 1er janvier 1994) (Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 art. 18 Journal Officiel du 25 août 1993 en vigueur le 2 septembre 1993) (Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 48 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001) (Loi n° 2000-1354 du 30 décembre 2000 art. 13 Journal Officiel du 31 décembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2001) (Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 art. 120, art. 121 II Journal Officiel du 10 mars 2004) " La détention provisoire est ordonnée ou prolongée par le juge des libertés et de la détention. Les demandes de mise en liberté lui sont également soumises.

Le juge des libertés et de la détention est un magistrat du siège ayant rang de président, de premier vice-président ou de vice-président. Il est désigné par le président du tribunal de grande instance. Lorsqu'il statue à l'issue d'un débat contradictoire, il est assisté d'un greffier. En cas d'empêchement du juge des libertés et de la détention désigné et d'empêchement du président ainsi que des premiers vice-présidents et des vice-présidents, le juge des libertés et de la détention est remplacé par le magistrat du siège le plus ancien dans le grade le plus élevé, désigné par le président du tribunal de grande instance. Il peut alors faire application des dispositions de l'article 93.

Il ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales dont il a connu.

التحقيق ، وقراراته تقبل الاستئناف وفقا لأحكام القانون الجديد أمام غرفة التحقيق[1].

وتتركز مهمته الأساسية في الفصل في كافة المنازعات المرتبطة بالإجراءات الماسة بالحقوق والحريات الشخصية وبصفة خاصة البت في مسائل التوقيف المؤقت، حيث يدخل في اختصاصه البت في طلب قاضي التحقيق بتوقيف المتهم مؤقتا، او رفضه، او طلب تجديد التوقيف المؤقت، وكذلك البت في الطلب المقدم من الشخص محل الفحص " المتهم" لإخلاء سبيله[2].

ويلخص بعض الفقه الفرنسي[3] دور قاضي الحريات والحبس بقولهم: إن دوره لا يخرج عن احد فروض ثلاثة وهي كالتالي:

الفرض الأول: أن يقرر قاضي التحقيق انه لا مبرر لاتخاذ أي إجراء يمس حرية الشخص الذي يجري معه التحقيق، وفي هذه الحالة لا يوجد اي دور لقاضي الحريات.

الفرض الثاني: ان يرى قاضي التحقيق اتخاذ احد إجراءات الوضع تحت المراقبة القضائية . وفي هذه الحالة ايضا لا مجال لتدخل قاضي الحريات والحبس، حيث يملك قاضي التحقيق ذلك.

الفرض الثالث: ان يحتاج التحقيق إلى وضع المتهم رهن التوقيف المؤقت، وفي هذه الحالة لابد ان يلجأ إلى قاضي الحريات والحبس بطلب مسبب يوضح فيه دواعي الحاجة إلى اتخاذ هذا الإجراء مصحوبا بملف القضية، وبطلبات عضو النيابة في هذا الخصوص ، وفي هذا الفرض الأخير يجب على قاضي الحريات والحبس، أن يدعو الأطراف أصحاب المصلحة ، أي عضو النيابة وقاضي التحقيق من جانب، والمتهم ومحاميه من جانب اخر. ويسمع طلبات كل منهم قبل أن يصدر قراره بشأن التوقيف المؤقت، وذلك لضمان شفافية الإجراءات باعتبارها أحد مستلزمات مبدا المواجهة.

---

[1] Christophe CARDET:"Quelle consécration pour le contrôle judiciaire socio-éducatif Dans la loi du 15 juin 2000?", Dalloz, R.S.C..N° 3,juill.-sept.2001,p546.

[2] Bernard BOULOC:"Loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes ", Dalloz , R.S.C.N°1, janv.-mars 2002, P134.

[3] Gaétan di MARINO:" La Reforme de la détention provisoire Op. cit. P335.
لدى ادريان شارل دانا، مرجع سابق

ونخلص مما تقدم، إلى أن المشرع الفرنسي قد منح قاضي الحريات والحبس سلطة البت في مسائل التوقيف المؤقت، وقلص من دور قاضي التحقيق في هذا الخصوص، وإن كان لم يجرده من جميع سلطاته. فهو الذي يستطيع ان يحرك إجراء التوقيف المؤقت، إذا ما تبين له وفقا لقناعته الوجدانية ان الشخص الذي يحقق معه يجب وضعه رهن التوقيف المؤقت، وإذا اقتضت مصلحة التحقيق ذلك. كل ما هنالك أن القانون قيده بضرورة إحالة الدعوى إلى قاضي الحريات والحبس، لإصدار امر بالتوقيف المؤقت، ويقدم له المبررات التي تدعم رايه.

ويمكن القول: ان مسلك المشرع الفرنسي في منح قاضي الحريات والحبس - باعتباره جهة قضائية مستقلة ومحايدة- سلطة البت في مسالة التوقيف المؤقت، هو مسلك يتمشى مع الحماية الجنائية لأصل البراءة، إذ من شان هذا الدور أن يؤدي إلى الفصل بين أعمال التحقيق، وسلطة اتخاذ إجراءات تمس، او تقيد الحرية الشخصية التي اوكل بها قاضي الحريات والحبس، وهو الأمر الذي يمكن اعتباره تطبيقا لمبدأ الفصل بين سلطتي التحقيق والاتهام ، وذلك إذا اعتبرنا أن قرار تقييد الحرية إنما ينتسب إلى الاتهام، اكثر من انتسابه إلى اعمال التحقيق[1] وهو ما يتفق مع حماية اصل البراءة وهو ما سنبينه لاحقاً .

ثانياً : في التشريع المصري:

الجهة المختصة بالحبس الاحتياطي في القانون الإجرائي المصري بحسب الأصل هي النيابة العامة، باعتبارها الجهة التي تتولى التحقيق الابتدائي، فهي الأقدر بحكم إدارتها للتحقيق على تقدير مدى الحاجة إلى إصدار هذا الأمر من عدمه[2].

ويجوز ان يصدر امر الحبس الاحتياطي من جهة قضائية أخرى، كقاضي التحقيق، او المستشار المنتدب، متى ما كان هو القائم بالتحقيق، فله من تلقاء نفسه او بناء على طلب النيابة العامة، أن يامر بحبس المتهم احتياطيا"[3]. وأما الأمر بمد الحبس الاحتياطي، فينعقد الاختصاص به للقاضي الجزئي ولمحكمة الجنح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة [4]. وكذلك للمحكمة المختصة بنظر الدعوى، ويكون ذلك

---

(1) إجريان شارل دانا ، مرجع سابق.
(2) انظر المادة ٢٠١ من قانون الإجراءات الجنائية المصري.
(3) المادة ١٣٦ من قانون الإجراءات الجنائية المصري.
(4) المادة ١٣٦ من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

عندما تستنفذ كل جهة من الجهات المدة المحددة لها قانونا[1].

ثالثاً: في التشريع اليمني:

الجهة التي تملك إصدار امر الحبس الاحتياطي في القانون اليمني هي النيابة العامة باعتبارها سلطة التحقيق المختصة.

وإذا ارادت النيابة تمديد الحبس الاحتياطي بعد انتهاء المدة المحددة لها قانونا فإنه يجب عليها ان تطلب من القاضي المختص ذلك وهو الذي يبت في طلب إصدار امر الحبس الاحتياطي بالقبول او الرفض، **ولا يكون إصدار امر التمديد إلا بعد سماع اقوال النيابة العامة والمتهم**. وإذا انتهت المدة المسموح بها قانوناً لمحكمة الموضوع لتمديد الحبس الاحتياطي دون انتهاء التحقيق، وجب على النيابة العامة عرض الأوراق على محكمة استئناف المحافظة المختصة منعقدة في غرفة المداولة لتصدر امرها **بعد سماع اقوال النيابة العامة والمتهم** بتمديد الحبس الاحتياطي مدداً محددة قانونا[2].

ويظهر من ذلك ان الجهة المختصة بإصدار امر الحبس الاحتياطي في اليمن بحسب الأصل هي النيابة العامة. ولمحكمة الموضوع المختصة بالفصل في الدعوى وكذلك محكمة الاستئناف في المحافظة المختصة وفقا للمدد المتاحة لكل هيئة قضائية.شريطة سماع اقوال المتهم والنيابة العامة قبل تمديد الحبس الاحتياطي.

ومن الملاحظ ان التشريع الفرنسي من حيث الضمان القضائي كان اكثر ضماناً حينما اوكل بقرارات الحبس الاحتياطي إلى قاضٍ مستقل هو قاضي الحريات والحبس. اما التشريعين المصري واليمني فقد منحا النيابة العامة سلطة التحقيق والاتهام وهذا الوضع محل انتقاد -كما سنوضحه[3].

وندعو المشرعين المصري و اليمني ان يجعلا الإجراءات الماسة بالحرية الشخصية وعلى وجه الخصوص الحبس الاحتياطي بيد قاضٍ يتمتع بالحيدة

---

(1) انظر: استاذنا الدكتور محمد ابو العلا عقيدة : " شرح قانون الإجراءات الجنائية " ، مرجع سابق ، ص٤٦٢ و٤٦٣ . الدكتور هلالي عبد اللاه احمد : " المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي" ، مرجع سابق ، ص٧١. الدكتور عوض محمد عوض : " المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية ، منشاة المعارف ط٢٠٠٢، ص٤٢٥.

(2) انظر نص المادتين ١٩٠ و١٩١ إجراءات جزائية.

(3) انظر ما سيلي ص ٤١٩.

والاستقلال.ويترك للنيابة العامة سلطة الاتهام.

المطلب الثاني

ضرورة استجواب المتهم قبل حبسه احتياطاً

يفيد الاستجواب في تمكين الشخص من تفنيد التهم والأدلة الموجهة ضده، ويتيح له الدفاع عن نفسه. وبالاستجواب ينجلي اللبس امام المحقق، ومن خلاله يتولد الاقتناع لديه إما بإخلاء سبيله او الأمر بحبسه احتياطاً؛ لمصلحة التحقيق، وإلا اعتبر ذلك عقوبة منه قبل ان يقول القضاء كلمته الفصل[1] .مما يمس بأصل البراءة في المتهم ويجعل إجراء الحبس باطلاً.

وسوف نقف على ضمانات استجواب المتهم قبل حبسه احتياطياً في المواثيق الدولية وفي القوانين المقارنة وذلك على النحو التالي:

أولاً : ضرورة استجواب المتهم قبل حبسه احتياطياً في المواثيق الدولية :

يجد هذا الضمان سنده في الشرعة الدولية، فقد جاء في المادة ٩ / ٢ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بأنه " يتوجب إبلاغ اي شخص يتم توقيفه بأسباب هذا التوقيف لدى وقوعه، كما يتوجب إبلاغه سريعا بأية تهمة توجه اليه"[2].

وقد أوضحت اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان. أن المادة ٢/٥ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تقضي "بإبلاغ كل شخص يتم توقيفه بمعلومات كافية عن الوقائع والأدلة المقدمة ضده، والتي استند إليها في استصدار قرار بتوقيفه، على أن يراعى بالأخص تمكينه من أن بوضح، ما إذا كان يُقرُ بارتكاب الجريمة المزعومة، ام ينفي ارتكابه لها[3].

ثانياً : ضرورة استجواب المتهم قبل حبسه احتياطياً في القوانين المقارنة :

نصت المادة ١٤٥ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي على أنه " إذا أراد قاضي التحقيق توقيف الشخص محل الفحص " المتهم" ، فعليه أن يصدر قراراً بإحالة الملف إلى قاضي الحريات والحبس الذي يستدعي الشخص للمثول امامه بحضور محاميه، إذا

---

(1) انظر: استاذنا الدكتور محمد ابو العلا عقيدة : " شرح قانون الإجراءات الجنائية "، مرجع سابق، ص ٤٦٤ الدكتور عبد الإله محمد سالم النوايسة: " ضمانات المتهم أثناء التحقيق .." ، مرجع سابق، ص ٤٨٢.

(2) راجع دليل المحاكمات العادلة الصادر عن منظمة العفو الدولية،مرجع سابق.

(3) دليل المحاكمات، المرجع السابق.

كان قد عين محامي. فإذا لم يقرر قاضي الحريات والحبس وضع الشخص المتهم رهن التوقيف المؤقت، فله عند اللزوم أن يأمر بوضعه تحت الرقابة القضائية، وذلك وفقا للإجراء المنصوص عليه في آخر الفقرة الثانية من المادة ١١٦...."

" وإذا رأى قاضي الحريات والحبس توقيف الشخص مؤقتا ، تعين عليه أن يبلغ الشخص محل الفحص بذلك ، وأن ينبهه إلى أنه لا يمكن أن يصدر قراره إلا بعد مداولة حضورية، وله الحق في أن يمنح الشخص محل الفحص مهلة لكي يحضر دفاعه ... ويمكن أن تتم المداولة الحضورية في جلسة علنية، إذا طلب الشخص المتهم " البالغ" أو محاميه ذلك عند افتتاح الجلسة، إلا إذا كانت العلنية من شأنها أن تعرقل التحريات الخاصة التي يستلزمها التحقيق، أو تضر بكرامة الشخص أو بمصالح الغير".

" ويجب على قاضي الحريات والحبس أن يبت في طلب العلنية بقرار مسبب وذلك بعد الاطلاع على ملاحظات النيابة العامة والشخص محل الفحص أو محاميه المعين. وإذا لم يعين محامي ، ينبهه إلى حقه في طلب الاستعانة بمحام يتم اختياره من قبله، أو من قبل مكتب نقابة المحامين. ويبلغ هذا الأخير بكافة الوسائل وبدون تأخر ويدون كل ذلك في المحضر..."[1]

---

(1) انظر المادة ١٤٥ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي:

Article 145: du Code de procédure pénale (Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 art. 1 Journal Officiel du 19 juillet 1970) (Loi n° 75-701 du 6 août 1975 art. 1 Journal Officiel du 7 août 1975) (Loi n° 84-576 du 9 juillet 1984 art. 9 et art. 19 Journal Officiel du 10 août 1984 en vigueur le 1er janvier 1985) (Loi n° 87-1062 du 30 décembre 1987 art. 6 Journal Officiel du 31 décembre 1987 en vigueur le 1er septembre 1989) (Loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 art. 21 Journal Officiel du 8 juillet 1989) (Loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 art. 5 Journal Officiel du 8 juillet 1989 en vigueur le 1er décembre 1989) (Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 art. 17 Journal Officiel du 23 décembre 1992 en vigueur le 1er mars 1994) (Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 238 Journal Officiel du 5 janvier 1993 en vigueur le 1er mars 1993) (Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 64 Journal Officiel du 5 janvier 1993 en vigueur le 1er janvier 1994) (Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 art. 19 Journal Officiel du 25 août 1993 en vigueur le 2 septembre 1993) (Loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996 art. 5 Journal Officiel du 1er janvier 1997 en vigueur le 31 mars 1997)(Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 52 et 96 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001)

Le juge des libertés et de la détention saisi par une ordonnance du juge d'instruction tendant au placement en détention de la personne mise en examen fait comparaître cette personne devant lui, assistée de son avocat si celui-ci a déjà été désigné, et procède conformément aux dispositions du présent article.

Au vu des éléments du dossier et après avoir, s'il l'estime utile, recueilli les observations de l'intéressé, ce magistrat fait connaître à la personne mise en

وفي مصر نصت المادة ١٣٤ من قانون الإجراءات الجنائية ، على انه لا يجوز حبس المتهم احتياطياً إلا بعد استجوابه".

وفي اليمن نصت المادة ١٨٤ من قانون الإجراءات الجزائية ، على أن " الحبس الاحتياطي لا يكون إلا بعد استجواب المتهم وفقا للقانون او في حالة هربه إذا رؤي ذلك

---

examen s'il envisage de la placer en détention provisoire.

S'il n'envisage pas de la placer en détention provisoire, ce magistrat, après avoir le cas échéant ordonné le placement de la personne sous contrôle judiciaire, procède conformément aux deux derniers alinéas de l'article 116 relatifs à la déclaration d'adresse.

S'il envisage d'ordonner la détention provisoire de la personne, il l'informe que sa décision ne pourra intervenir qu'à l'issue d'un débat contradictoire et qu'elle a le droit de demander un délai pour préparer sa défense. Si la personne majeure mise en examen ou son avocat en fait la demande dès l'ouverture de l'audience, le débat contradictoire a lieu en audience publique, sauf si la publicité est de nature à entraver les investigations spécifiques nécessitées par l'instruction ou à nuire à la dignité de la personne ou aux intérêts d'un tiers. Le juge des libertés et de la détention statue par ordonnance motivée sur cette demande de publicité après avoir recueilli les observations du ministère public, de la personne mise en examen et de son avocat.

Si cette personne n'est pas déjà assistée d'un avocat, il l'avise qu'elle a droit à l'assistance d'un avocat de son choix ou commis d'office. L'avocat choisi ou, dans le cas d'une demande de commission d'office, le bâtonnier de l'ordre des avocats en est avisé par tout moyen et sans délai ; mention de cette formalité est faite au procès-verbal.

Le juge des libertés et de la détention statue en audience de cabinet, après un débat contradictoire au cours duquel il entend le ministère public qui développe ses réquisitions prises conformément au troisième alinéa de l'article 82 puis les observations de la personne mise en examen et, le cas échéant, celles de son avocat.

Toutefois, le juge des libertés et de la détention ne peut ordonner immédiatement le placement en détention lorsque la personne mise en examen ou son avocat sollicite un délai pour préparer sa défense.

Dans ce cas, il peut, au moyen d'une ordonnance motivée par référence aux dispositions de l'alinéa précédent et non susceptible d'appel, prescrire l'incarcération de la personne pour une durée déterminée qui ne peut en aucun cas excéder quatre jours ouvrables. Dans ce délai, il fait comparaître à nouveau la personne et, que celle-ci soit ou non assistée d'un avocat, procède comme il est dit au sixième alinéa. S'il n'ordonne pas le placement de la personne en détention provisoire, celle-ci est mise en liberté d'office.

L'incarcération provisoire est, le cas échéant, imputée sur la durée de la détention provisoire pour l'application des articles 145-1 et 145-2. Elle est assimilée à une détention provisoire au sens de l'article 149 du présent code et de l'article 24 du code pénal (article abrogé, cf. article 716-4 du code de procédure pénale).

لمصلحة التحقيق او لمنعه من الهرب..."

وهذا النص فيه خطورة على الحرية الشخصية ، وفيه خلط كبير بين القبض والحبس الاحتياطي كان الأحرى بالمشرع اليمني ان لا ينزلق فيه، و ان يتحرى الدقة لأنها قواعد تعرض الحريات للخطر وتمس بأصل البراءة. حيث كان المفروض ان يفصل بين حالات التحفظ والقبض، وحالات الحبس الاحتياطي التي هي مرحلة تالية للقبض لا تتخذ إلا بضمانات محددة بدقة، فكيف يجيز حبس المتهم احتياطياً دون استجوابه كجراء احترازي واين مصلحة التحقيق في حبس إنسان احتياطياً دون استجوابه؛ ولا ارى إلا ان النص هو نوع من العقوبة بدون حكم قضائي تنتهك الحق في أصل البراءة وتناقض الشرعية الدستورية في الإجراءات الجزائية.

وغني عن البيان أن ضرورة استجواب الشخص قبل اتخاذ قرار بحبسه احتياطاً يخدم غرضين رئيسيين، هما: أولاً: إن استجوابه يتيح له الفرصة في دحر الاتهام عن نفسه، ويتيح له الطعن في مشروعية توقيفه. وثانياً: أن الاستجواب يمكن المحقق من اتخاذ القرار المناسب، وفقا لما يسفر عنه الاستجواب إما بإخلاء سبيل المتهم او بتوقيفه إذا اقتضت مصلحة التحقيق ذلك[1]. وهو ما ذكرناه سابقاً.

المطلب الثالث

قصر مجال الحبس الاحتياطي على الجرائم الجسيمة

باعتبار الحبس الاحتياطي إجراءً استثنائياً، يتخذ في حق شخص الأصل فيه البراءة، فإن ذلك يتطلب التضييق من نطاق استخدامه، بحيث يتم حصره في جرائم لها خطورتها

وسوف نبين موقف التشريعات المقارنة من هذا الضمان وذلك على النحو التالي:

أولاً : في التشريع الفرنسي:

أخذ التشريع الفرنسي بهذا الضمان، في المادة ١٤٣-١ "، من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، والمضافة بالقانون رقم ٥١٦ لسنة ٢٠٠٠، والمعدلة أخيراً بالقانون رقم ١١٣٨ لسنة ٢٠٠٢" ، إذ نصت على عدم جواز وضع الشخص تحت التوقيف المؤقت، إلا إذا توافرت حالة من الحالات الآتية[2]:

([1]) الدكتور عبد الإله محمد سالم النوايسة، " ضمانات المتهم اثناء التحقيق.. " ، مرجع سابق، ص ٤٨٢.
([2]) voir: Jean CEDRAS:" présomption d'Innocence ",Rev.pénit.droit pénal, CUJAS,

١ — إذا كان الشخصُ محل الفحص " المتهم " يستحق عقوبة على فعل يشكل جناية.

٢- إذا كان " المتهم" يستحق عقوبة على فعل يشكل جنحة عقوبتها الحبس مدة تصل إلى ثلاث سنوات سجن، أو أكثر.

"ويجوز التوقيف المؤقت ايضاً في الحالات المنصوص عليها في المادة١٤١-٢، وذلك عندما يوضع الشخص المتهم تحت الرقابة القضائية، ويفلت عن إرادة و قصد من تلك الرقابة المفروضة عليه"[1].

ويتضح من ذلك أن المشرع الفرنسي قد قصر حبس المتهم احتياطياً في حالتين هما: **الحالة الأولى** ارتكابه جريمة تشكل جناية او جنحه عقوبتها تصل إلى ثلاث سنوات. **والحالة الثاني**: إذا صدر قرار بوضعه تحت الرقابة القضائية بموجب المادة ١٤١-٢ فرنسي. وطلب قاضي التحقيق من المتهم الالتزام بنظام الرقابة القضائية وكان المتهم قد اختار طواعية إخضاعه لنظام الرقابة القضائية، ولكن المتهم تعمد الإفلات من تلك الرقابة المفروضة عليه، ففي هذه الحالة يجوز لقاضي التحقيق او قاضي الحريات والحبس ان يأمر بإعادة حبسه احتياطياً.

ثانياً : في التشريع المصري :

اشترطت المادة ١٣٤ من قانون الإجراءات الجنائية المصري لجواز الحبس الاحتياطي ، أن تكون الواقعة جناية، أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على **ثلاثة أشهر**، وأجاز المشرع المصري بصفة دائمة حبس المتهم احتياطياً، إذا لم يكن له

N° 4 - décembre 2002, p818.

(1)Article 143-1 du Code de procédure pénale (Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 57 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001)(Loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 art. 5 Journal Officiel du 5 mars 2002)(Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 art. 37 Journal Officiel du 10 septembre 2002)

Sous réserve des dispositions de l'article 137, *la détention provisoire ne peut être* ordonnée ou prolongée que dans l'un des cas ci-après énumérés :

1° *La personne mise en examen encourt une peine criminelle ;*

2° La personne mise en examen encourt une peine correctionnelle d'une durée égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement.

La détention provisoire peut également être ordonnée dans les conditions prévues à l'article 141-2 lorsque la personne mise en examen se soustrait volontairement aux obligations du contrôle judiciaire.

محل إقامة ثابت معروف في مصر، وكانت الجريمة جنحة معاقب عليها بالحبس.

وواضح من النص أن المشرع المصري وسع من نطاق الحبس الاحتياطي ليشمل الجرائم الأقل جسامة وهو وضع منتقد.

ثالثاً: في التشريع اليمني:

اشترط المشرع اليمني لجواز إصدار أمر الحبس الاحتياطي. أن تكون الواقعة من الجرائم الجسيمة، أما الجرائم غير الجسيمة، فلا يجوز الحبس الاحتياطي فيها، إلا إذا كانت الواقعة من الجرائم المعاقب عليها بالحبس مدة تزيد على **ستة أشهر**. **واستثنى المشرع من ذلك، حالة المتهم الذي ليس له محل إقامة معروف في الجمهورية، ففي هذه الحالة يجوز حبسه احتياطاً حتى لو كانت الجريمة معاقب عليها بالحبس أقل من ستة أشهر.**

ويظهر مما سبق، أن التشريعات المقارنة قد اتفقت جميعها على أن يكون الحبس الاحتياطي جائز في حالات الجرائم الجسيمة، ومتفقة أيضا على عدم جوازه في حالات المخالفات، والجنح المعاقب عليها بالغرامات. بيد أن التشريعات المقارنة مختلفة فيما يتعلق بالجنح المعاقب عليها بالحبس؛ حيث لم يجز المشرع الفرنسي حبس الشخص المتهم، إلا إذا كانت الواقعة من الجرائم التي تساوي، أو تزيد عقوبتها على ثلاث سنوات سجن. بينما في مصر، لا تزيد عن ثلاثة أشهر -كقاعدة عامة-. وهي مدة منخفضة جدا مقارنة بسابقتها. وأما المشرع اليمني -كقاعدة عامة- لا يصدر أمر الحبس الاحتياطي إلا إذا كانت الواقعة معاقب عليها بالحبس أكثر من ستة أشهر.

ومن وجهة نظرنا، فإن المشرع الفرنسي كان أكثر تضييقاً للجرائم المستوجبة للحبس الاحتياطي؛ حيث جعل الأصل هو الإفراج المؤقت أو الإفراج بكفالة أو الوضع تحت الرقابة القضائية. والاستثناء حبسه احتياطياً في الجرائم الخطيرة، والتي تكون على درجة من الجسامة، بحيث يصل فيها العقوبة إلى **ثلاث سنوات سجن**. وكان الأحرى بالمشرعين المصري و اليمني ان يكونا أكثر تضييقا للحبس الاحتياطي على غرار ما فعله المشرع الفرنسي. ومما يؤخذ على التشريعين المصري واليمني أيضاً انهما اجازا الحبس الاحتياطي في أي جريمة معاقب عليها بالحبس حتى وإن قلت عن ثلاثة أشهر في مصر وستة أشهر في اليمن في حالة لم يكن للمتهم محل إقامة معروف وخيف هربه. وهو وضع مجحف ومخل بالتوازن المطلوب بين حماية الحقوق

والحريات وتحقيق المصلحة العامة. وكان الأحرى بالمشرعين ان يبحثا عن بدائل للحبس الاحتياطي بدل هذا الإجراء الخطير خصوصاً في الجرائم الأقل جسامة، حتى لا يؤخذ على انه عقوبة، مما يشكل انتهاكاً لأصل البراءة.

المطلب الرابع

بدائل الحبس الاحتياطي لحماية أصل البراءة

أولاً: بدائل الحبس الاحتياطي هي الأصل في المواثيق الدولية:

في إطار التوازن بين اعتبارات حماية الحقوق والحريات، واعتبارات حسن سير العدالة، لجأت بعض الدول إلى الاستعانة ببعض التدابير البديلة عن الحبس الاحتياطي، لتلافي تعارضه مع أصل البراءة، وللتخفيف من الأضرار النفسية والمادية والعائلية الناجمة عن الحبس الاحتياطي[1].

ومن التدابير البديلة للحبس الاحتياطي، نظام الإفراج المؤقت، أو نظام الإفراج بكفالة، سواء كفالة شخصية، أو مالية.وهناك نظام الرقابة القضائية، الذي عرفته بعض التشريعات، وغير ذلك من التدابير البديلة.

وقد اكدت المواثيق الدولية على ضرورة استخدام بدائل عن الحبس الاحتياطي. وفي هذا الصدد عبرت وثيقة العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على الطابع الاستثنائي للحبس الاحتياطي " التوقيف "، وضرورة اللجوء إلى إجراءات بديلة، حيث نصت المادة ٣/٩ منها على انه "... **ولا يجوز ان يكون توقيف الأشخاص.. هو القاعدة العامة، ولكن من الجائز تعليق الإفراج عنهم على ضمانات لكفالة حضورهم في اية مرحلة من مراحل الإجراءات القضائية،ولكفالة تنفيذ الحكم عند الاقتضاء.**"

وجاء في القاعدة السادسة من قواعد طوكيو[2] في الفقرة الأولى منها، بأنه "

([1])voir: Marcel LEMONDE: " Le juge des libertés et de la détention une réelle avancée?, op. cit. P.52. aussi : Carol VUILLEMIN-GONZALES: "La Protection de la liberté pendant la phase préparatoire ", op.Cit. p112. Aussi: P. Wachsmann : " *La Liberté Individuelle* dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", R.S.C. 1988 .P.1 et s.

([2]) القواعد النموذجية الدنيا للأمم للتحدة بشان التدابير غير الاحتجازية (قواعد طوكيو). انظر كتاب دليل المحاكمات العادلة الصادر عن منظمة العفو الدولية، مرجع سابق.

لا يُستخدم التوقيف السابق للمحاكمة في الإجراءات الجنائية، إلا كملاذ اخير، ومع إيلاء الاهتمام الواجب للتحقيق في الجرم المدعى ولحماية المجتمع والمجني عليه "[1].

وجاء في المادة الخامسة - الفقرة الثالثة- من "الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بأنه "... يحق للشخص المذكور(اي الموقوف)، ان يقدم للمحاكمة في غضون فترة زمنية معقولة، أو يفرج عنه إلى حين محاكمته. ويجوز تعليق الإفراج بشروط لضمان مثوله امام المحكمة"[2].

وبينت السوابق القضائية للجنة الأوروبية، ان التوقيف لا يؤمر به، إلا إذا رُئي من وجهة النظر المعقولة أنه ضروري، وبإمكان اللجنة ان تقدر الحرمان من الإفراج باستخدام معيار "المعقولية" الذي تضمنته المادة ٣/٥ من الاتفاقية الأوروبية[3].

وقد ذهبت اللجنة التابعة لمجلس أوربا إلى انه لا ينبغي الأمر بالتوقيف، إلا إذا كان هناك اشتباه معقول في أن المتهم قد ارتكب الجريمة المزعومة، وأنه يُحتمل هروبه من العدالة، والتدخل في سير العدالة، او انه سيرتكب جريمة خطيرة. وذهبت إلى أن القرارات الفردية التي تصدر برفض منح الإفراج بكفالة، يجب ان تبين بوضوح اسباب ذلك الرفض[4].

وقد اكدت العديد من التشريعات الداخلية على الإفراج المؤقت كبديل عن الحبس الاحتياطي[5]،كما هو الحال في التشريعين المصري[1] واليمني[2].

([1]) قواعد طوكيو هي قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا للتدابير غير التوقيفية الصادرة عن الجمعية العامة، القرار رقم ١١٠/٤٥ المؤرخ في ١٤ ديسمبر ١٩٩٠، منشور على موقع الأمم المتحدة.

([2])Article 5/ 3 " Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1. c du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience.

([3])See: P. Van Dijk and G.J.H. van Hoof, Theorz and Practice of the European Convention on Human Rights, 2nd ed. (Deventer/Boston,Kluwer,1990),pp.276-281.

([4]) اللجنة الوزارية التابعة لمجلس اوروبا، التوصية رقم R (80) 11 الصادرة في ٢٧ حزيران/يونيه ١٩٩٠ بشأن التوقيف رهن المحاكمة، الفقرة ٣.

([5]) انظر في تفاصيل هذا النظام : الدكتور احمد عوض بلال ، " الإجراءات الجنائية المقارنة والنظام الإجرائي في المملكة العربية السعودية " ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠، ص٤٨٠ وما بعدها . الدكتور إسماعيل محمد سلامة، " الحبس الاحتياطي". مرجع سابق، ص ٣٤٩ وما بعدها. الدكتور عبد العزيز احمد سيف القدسي، " الحبس الاحتياطي في التشريع اليمني " ، مرجع سابق، ص ٢٩٢ وما بعدها.

ثانياً : الرقابة القضائية كبديل للحبس الاحتياطي:

من بدائل الحبس الاحتياطي ، نظام الرقابة القضائية ، والتي تأخذ به بعض التشريعات المعاصرة، كما هو الحال في التشريع الفرنسي[٣]، الذي يعطي الحق لقاضي التحقيق، أو قاضي الحريات والحبس، أن يقرر وضع الشخص محل الفحص تحت الرقابة القضائية في الجنح المعاقب عليها بالحبس. أو بعقوبة اشد[٤].

ومن الحالات التي يلزم بها المتهم الموضوع تحت المراقبة القضائية،إلزامه بالحضور امام جهات التحقيق. أو الشرطة، أو التقيد بعدم مغادرة محل الإقامة. أو سحب جواز السفر، أو رخصة القيادةأو مزاولة مهنة معينة.

ومن الجدير بالذكر، أن المشرع الفرنسي سمح للجهة المختصة بالتوقيف المؤقت ان تختار بين التوقيف المؤقت، وبين وضع الشخص محل الفحص تحت الرقابة القضائية[٥].

ولا شك ان هذا النظام يؤدي إلى التخفيف بشكل كبير من الآثار السيئة التي تنتج عن التوقيف المؤقت، وكلما هنالك أن الشخص المتهم يكون خاضعا لبعض الواجبات التي يحددها القاضي المختص، ويخضع في تنفيذها لإشرافه ورقابته، وذلك بهدف التمكن من الوصول إليه. متى دعت الحاجة إلى ذلك. أما في حالة إخلاله بالالتزامات المفروضة عليه، فإنه يتم إخضاعه للتوقيف المؤقت.."[٦].

([١]) انظر: نظام الإفراج المؤقت والإجراءات البديلة في القانون المصري في المواد من ١٤٤ إلى ١٥٢، وكذلك المواد " ٢٠٤ ، ٢٠٥ ، ٢٠٩" من قانون الإجراءات الجنائية.

([٢]) انظر: نظام الإفراج المؤقت في القانون اليمني في المواد من ١٩٤ إلى ٢٠٦ من قانون الإجراءات الجزائية.

([٣]) انظر نظام الرقابة القضائية في القانون الفرنسي في المواد من ١٣٨ إلى ١٤٣ من قانون الإجراءات الجزائية.

([٤]) انظر الفقرة الأولى من المادة ١٣٨ وفقاً لآخر تعديل في ٩ مارس ٢٠٠٤:

" Le contrôle judiciaire peut être ordonné par le juge d'instruction ou par le juge des libertés et de la détention si la personne mise en examen encourt une peine d'emprisonnement correctionnel ou une peine plus grave".

([٥])Marcel LEMONDE:" Le juge des libertés et de la détention une réelle avancée?, op.cit., P52.

Roger Merle, et André Vitu: " Traite de droit Criminel et de Procédure Pénale " édition 1989, Cujas , Paris.p.456.

([٦]) انظر : المادة ١٤٣-٧، والمادة ١٤١-٢ و١٤١-٣ و المادة ١٤٤-٢ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.

ثالثاً : أثر الرقابة الإلكترونية كبديل للحبس الاحتياطي على أصل البراءة :

من الحالات التي ادخلها المشرع الفرنسي في إطار الرقابة القضائية، نظام الرقابة الالكترونية Le placement sous surveillance électronique. ويتمثل هذا النظام في استخدام جهاز تقني يوضع بجسم الشخص، بحيث يتيح للسلطة المختصة الرقابة على تحركات الشخص بدقة[1]. **والأصل ان وضع الشخص تحت للرقابة الإلكترونية لا يطبَق إلا على الشخص الذي ادين بعقوبة الحبس،** وليس على الشخص محل الفحص " المتهم ". غير أن المشرع الفرنسي سمح لقاضي التحقيق و قاضي الحريات والحبس بهذا النوع من الرقابة . كتدبير بديل عن التوقيف المؤقت، في حالات ضيقة جداً ومحددة. إذا دعت الحاجة إليه[2]، وأن ينفذ باتفاق مع القاضي، والشخص محل الفحص في حضورِ محاميه، ويصدر به مرسوم من مستشارِ الحالة Conseil d'Etat[3].

وهذا النوع من الرقابة القضائية، كبديل عن التوقيف المؤقت، يشكل انتهاكاً صارخاً لحق المتهم في الخصوصية واصل البراءة[4].

المطلب الخامس

تسبيب أمر الحبس الاحتياطي

مما لا شك فيه. أن تسبيب أمر الحبس الاحتياطي له اهمية كبرى، وتتضح اهميته في كونه يضع قيداً على السلطة المختصة بإصداره، فهو يبصرها إلى حقيقة المبررات التي تجيز إصدار امر الحبس، ومدى توافرها في شخص المتهم، وتوافرها في الواقعة المنسوبة إليه ارتكابها. كما تتبدى أهميته كذلك في كونه يجعل من الرقابة القضائية على امر الحبس الاحتياطي اكثر فاعلية[5].

---

(1) voir : Jean CEDRAS :"Chronique Législative" , Rev. Pén. D. P. P815.
Bernard BOULOC:" Loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. op.cit. P636.

(2) انظر نص المادة ١٣٨ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.

(3) المادة السابقة.

(4) انظر في ذلك حكم المجلس الدستوري :
Conseil constitutionnel Décision N° 2002-461 DC du 29 août 2002 Loi d'orientation et de programmation pour la justice (cs. 83-88). En ce qui concerne l'article 49. http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004492.
Voir: Bernard BOULOC:" Loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes,op.cit. P636.

(5) الدكتور إسماعيل محمد سلامة: " الحبس الاحتياطي ". مرجع سابق، ص ١١٣و ١١٤.

ويعد هذا الضمان، من اهم الضمانات الفعالة للحماية الجنائية لأصل البراءة . وفي هذا الصدد، ذهب بعض الفقه - وبحق- إلى أن التسبيب يعد ضابطاً من ضوابط الشرعية الإجرائية، يترتب على إغفاله عدم مشروعية الأمر الصادر بالحبس الاحتياطي[1].

ويجد هذا الضمان سنده في التشريعات الدولية والإقليمية والمحلية. فعلى المستوى الدولي، ذكرت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان المنبثقة عن الأمم المتحدة أن الحبس قد يكون ضرورة لمنع المتهم من الهرب. أو تجنب تدخله مع الشهود، أو عبثه بالأدلة الأخرى. أو منعه من ارتكاب الجرائم الأخرى. كذلك رأت اللجنة أنه يجوز حبس الشخص عندما يشكل تهديداً واضحاً. وخطيراً للمجتمع لا يمكن احتواؤه بأي اسلوب آخر."[2].

وترى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن الاحتجاز المستمر قبل المحاكمة " التوقيف المؤقت" لا يمكن تبريره إلا إذا توفرت مؤشرات محددة تدل على وجود أحد المتطلبات الحقيقية للمصلحة العامة يطغى مع "افتراض براءة المتهم" على قاعدة احترام الحرية الفردية."[3]

ويظهر من ذلك ان امر الحبس الاحتياطي لكي يكون مشروعاً يجب أن يستند إلى اسباب ليست فقط قانونية تتعلق باتهامه بارتكاب جريمة من الجرائم، وإنما ينبغي ان تتوافر مبررات واقعية أخرى، تكون سبباً معقولاً لوضع الشخص رهن الحبس الاحتياطي.

وفي هذا الصدد نصت المادة ١٣٧-٣ [4] إجراءات جنائية فرنسي بأنه " عندما يبت

---

(1) الدكتور خيري احمد الكباش:" الحماية الجنائية لحقوق الإنسان"، مرجع سابق، ص٥٨٩.

(2) دليل المحاكمات العادلة الصادر عن منظمة العفو الدولية مشار إليه سابقا.

(3) انظر دليل المحاكمات العادلة ، سابق الإشارة.

(4) Article 137-3 du Code de procédure pénale (inséré par Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 48 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001)

Le juge des libertés et de la détention statue par ordonnance motivée. Lorsqu'il ordonne ou prolonge une détention provisoire ou qu'il rejette une demande de mise en liberté, l'ordonnance doit comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait sur le caractère insuffisant des obligations du contrôle judiciaire et le motif de la détention par référence aux seules dispositions des articles 143-1 et 144.

Dans tous les cas, l'ordonnance est notifiée à la personne mise en examen qui en reçoit copie intégrale contre émargement au dossier de la procédure.

قاضي الحريات والحبس بالطلب المقدم من قاضي التحقيق، ويأمر بالتوقيف المؤقت او بتمديده ، او برفضه الإفراج عنه يجب عليه ان يضمّن هذا القرار الاعتبارات القانونية والواقعية التي دفعته إلى اتخاذ قراره بالتوقيف المؤقت. وان يتضمن القرار ايضا عدم كفاية إجراءات الرقابة القضائية، وكل ذلك وفقا للإجراءات والشروط المنصوص عليها في المادتين ١٤٣-١ و١٤٤".

" و في كل الأحوال، يتعين على قاضي الحريات والحبس إبلاغ الشخص محل الفحص بقراره مكتوباً وان يسلمه نسخة منه، ويوقع عليه في ملف الدعوى.

وباستعراض المبررات المنصوص عليها في المادتين المشار إليهما آنفاً، يظهر منهما ان المشرع الفرنسي لم يكتف بتحديد الجرائم التي يجوز فيها التوقيف المؤقت- وهي الجنايات والجنح وفقا لنص المادة ١٤٣-١ سالف الإشارة إليه-. وإنما اناط التوقيف المؤقت بتوافر مبررات واقعية اوردتها المادة ١٤٤[1]. ومفاد ما تضمنته هذه المادة انه لا يمكن تطبيق التوقيف المؤقت، إلا إذا كانت الوسيلة الوحيدة للحفاظ على الأدلة، او الأثار المادية، او للحيلولة دون التأثير على الشهود، او المجني عليهم، او للحيلولة دون اتفاق الأشخاص المحالين للفحص" المتهمين" والمتواطئين معهم. وكذلك إذا كان التوقيف

---

(1) Article 144: du Code de procédure pénale (Loi n° 70-463 du 17 juillet 1970 art. 1 Journal Officiel du 19 juillet 1970) (Loi n° 81-82 du 2 février 1981 art. 40 et art. 51- i Journal Officiel du 3 février 1981)(Loi n° 83-466 du 10 juin 1983 art. 19-i et 19- i Journal Officiel du 11 juin 1983 en vigueur le 27 juin 1983)(Loi n° 87-1062 du 30 décembre 1987 art. 4 Journal Officiel du 31 décembre 1987 en vigueur le 1er septembre 1989)(Loi n° 89-146 du 6 juillet 1989 art. 21 Journal Officiel du 8 juillet 1989)(Loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 art. 4 Journal Officiel du 8 juillet 1989 en vigueur le 1er décembre 1989)(Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 63 Journal Officiel du 5 janvier 1993 en vigueur le 1er mars 1993)(Loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996 art. 3 Journal Officiel du 1er janvier 1997 en vigueur le 31 mars 1997)(Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 57 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001)(Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 art. 37 Journal Officiel du 10 septembre 2002) " **La détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que si elle constitue l'unique moyen :**

1° De conserver les preuves ou les indices matériels ou d'empêcher soit une pression sur les témoins ou les victimes, soit une concertation frauduleuse entre personnes mises en examen et complices ;

2° De protéger la personne mise en examen, de garantir son maintien à la disposition de la justice, de mettre fin à l'infraction ou de prévenir son renouvellement ;

3° De mettre fin à un trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public provoqué par la gravité de l'infraction, les circonstances de sa commission ou l'importance du préjudice qu'elle a causé.

المؤقت وسيلة ضرورية لحماية المتهم نفسه، والحفاظ عليه لمصلحة العدالة، ووضع حل نهائي للجريمة، أو لمنع تجددها. وكذا لوضع حل نهائي للاضطراب الجسيم في النظام العام الناتج عن جسامة الجريمة المرتكبة"[1].

" وفي كل الأحوال، يجب على قاضي الحريات والحبس تسبيب الأمر الصادر بالتوقيف المؤقت "[2].

وفي مصر لم ينص المشرع المصري على ضرورة تسبيب الأمر الصادر بالحبس الاحتياطي[3]. وإن كان مشروع القانون الذي قدمته الحكومة المصرية للمجلس التشريعي قد تضمن في إحدى بنوده على ضرورة تسبيب قرارات الحبس الاحتياطي التي تصدر سواء من النيابة العامة او من قاضي التحقيق[4].

وأما الدستور والقانون الإجرائي اليمني، فقد اشترطا - بوضوح- تسبيب الأمر الصادر بالحبس الاحتياطي في المادة ٤٨ الفقرة ج. من الدستور، والمادة ٧٦ من قانون الإجراءات الجزائية. حيث نصت الأخيرة " .. وعلى القاضي او عضو النيابة العامة ان يبلغه باسباب القبض وان يستجوبه... وعليه ان يصدر على الفور امراً مسبباً بحبسه احتياطياً أو الإفراج عنه".

ومجمل القول: إن تسبيب امر الحبس الاحتياطي يحقق عدة فوائد أهمها ما يلي:

أولاً: انه يبصر القائم بإصداره على حقيقة الموقف الذي عليه المتهم والاتهام بوجه عام، فإن توافرت المبررات القانونية والواقعية الملجئة لإصدار امر الحبس الاحتياطي، ولا توجد وسيلة غيرها تخدم المصلحة، اتخذ مثل هذا القرار المبرر.

ثانيا: من شان هذا التسبيب ان يتيح للمتهم الوقوف على تلك الأسباب والمبررات، ويستطيع أن يفندها او يقبل بها لمصلحته.

---

(1)Gaétan di MARINO:" La Reforme de la détention provisoire (loi n 2000-516 du 15 juin 2000) op. Cit. , P333.

(2)voir :Bernard BOULOC:" Loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes", op. cit.,P134 et s.

(3) انظر : الدكتور امين مصطفى محمد، " مشكلات الحبس الاحتياطي بين قيوده والتعويض عنه"، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص٩٠ وما بعدها.

(4)منشور بجريدة الأهرام في العدد الصادر يوم الثلاثاء ٢٠ مايو ٢٠٠٦، الصفحة السابعة.

وثالثاً: يتيح التسبيب للقاضي المختص بتمديد الحبس ان يتأكد من تلك الأسباب والمبررات، وبالتالي تشكل رقابة قضائية فعالة على شرعية هذا الأمر.

وقد نادى الفقه المصري[1] إلى ضرورة النص صراحة على تسبيب الأمر بالحبس الاحتياطي.

و أدعو المشرعين المصري و اليمني إلى ضرورة تضمين التشريعين نصاً يقضي عند وضع الشخص رهن الحبس الاحتياطي أن تخضع المبررات الداعية لاستمرار توقيفه، لمراجعة منتظمة من قبل الهيئة القضائية المختصة بالإشراف والتفتيش القضائي.

المطلب السادس

تضييق مدة الحبس الاحتياطي

رغم المبررات التي سيقت لتأييد الحبس الاحتياطي. فإن هذا الإجراء له مثالب كثيرة، فهو في المقام الأول- كما سبق أن ذكرنا- يناقض الحماية الجنائية لأصل البراءة. ثم إنه يصيب الشخص في حريته. وفي سمعته، وفي شرفه، ويكون سبباً في فقدانه لعمله. وفقدانه للتوازن النفسي[2].

ولتلك الأسباب جميعاً، كان لا بد من تضييق مدة الحبس الاحتياطي في أقصر فترة ممكنة، وبما يضمن التناسب بين حرية التنقل والمصلحة العامة.

ولضمان التضييق من مدة الحبس الاحتياطي. ينبغي تحديد مدة قصوى لا يجوز بأي حال من الأحوال تجاوزها. وإلا عد ذلك ضرباً من ضروب التعسف، وعقوبة من غير حكم، لشخص لم تثبت إدانته بعد، مما يمس بأصل البراءة، ويشكل في ذات الوقت اعتداء على حق المتهم في أن يحاكم خلال مدة معقولة[3].

---

(1) انظر تفصيلا: الدكتور حسن صادق المرصفاوي: " الحبس الاحتياطي وضمان حرية الفرد" ، مرجع سابق، ص١٨

(2) الدكتور حسن صادق المرصفاوي: " الحبس الاحتياطي .." ، المرجع سابق ، ص ٢٧. استاذنا الدكتور محمد ابو العلا عقيدة ، " شرح قانون الإجراءات الجنائية " ، مرجع سابق، ص ٤٦٨. الدكتور احمد عوض بلال : " الإجراءات الجنائية المقارنة والنظام الإجرائي في المملكة العربية السعودية " ، مرجع سابق، ص٤٧٥ وما بعدها . الدكتور إسماعيل محمد سلامة: " الحبس الاحتياطي"، مرجع سابق، ص ٤٠ وما بعدها.

(3) انظر : الدكتور شريف سيد كامل : " الحق في سرعة الإجراءات الجنائية- دراسة مقارنة- مرجع سابق ، ص٢٦٠ والمرجع المشار إليه في الهامش رقم ٤.

وسوف نتطرق لموقف التشريعات الدولية والمحلية المقارنة من تضييق مدة الحبس الاحتياطي .وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

ضمان تضييق مدة الحبس الاحتياطي في المواثيق الدولية

(المدة المعقولة durée raisonnable)

للوقوف على مدى توافر ضمان تضييق الحبس الاحتياطي بمدة محددة في التشريعات المقارنة، ينبغي لنا ان نشير اولاً إلى ان المعاهدات والمواثيق الدولية والإقليمية قد اكدت على هذا الضمان، حيث نصت المادة ٣/٩ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بأن: "يقدم الموقوف أو المعتقل بتهمة جزائية سريعاًإلى احد القضاة أو احد الموظفين المخولين قانوناً مباشرة وظائف قضائية، ويكون من حقه ان يحاكم خلال مهلة معقولة، او أن يفرج عنه.." [١]

وكذلك جاء في المادة ٣/٥ من "الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بأن " اي شخص يقبض عليه او يحتجز... يقدم على وجه السرعة إلى قاض أو موظف يخوله القانون مباشرة السلطة القضائية. ويحق للشخص المذكور أن يقدم للمحاكمة في غضون فترة زمنية معقولة أو يفرج عنه إلى حين محاكمته. ويجوز تعليق الإفراج بشروط لضمان مثوله أمام المحكمة." [٢]

ويثار تساؤل حول المقصود بالفترة الزمنية المعقولة délai raisonnable للتوقيف المؤقت.وقد رات اللجنة المعنية بحقوق الإنسان والهيئات الإقليمية المختصة

---

(١)جاء في المبدأ ٣٨ من "مجموعة المبادئ" التي صاغتها لجنة حقوق الإنسان بهيئة الأمم المتحدة بأنه "يكون للشخص المحتجز بتهمة جنائية الحق في ان يحاكم خلال مدة معقولة او أن يفرج عنه رهن محاكمته."

و نصت المادة ٥/٧ من "الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان" بانه: "يقدم أي شخص يحتجز، على وجه السرعة، إلى قاض او موظف آخر يخوله القانون مباشرة السلطة القضائية، ويحق للشخص المذكور أن يقدم للمحاكمة في غضون فترة زمنية معقولة او يفرج عنه دون ان يؤثر ذلك على سير الإجراءات. ويجوز تعليق الإفراج عنه بضمانات للتاكد من مثوله أمام المحكمة."

كما رات اللجنة المعنية بحقوق الإنسان "ان الاحتجاز السابق على المحاكمة يجب ان يكون استثناء ولأقل فترة ممكنة." انظر نصوص هذه الاتفاقيات في دليل المحاكمات العادلة على موقع منظمة العفو الدولية على الرابط التالي:

http://www.amnesty-arabic.org/ftm/text/section_a/chapter10.htm

(٢)انظر نص المادة ٣/٥ من الاتفاقية الأوربية سابق الإشارة.

بأن معقولية فترة الحبس الاحتياطي يتم تقديرها وفقا لظروف كل حالة على حدة. ومن العوامل التي تؤخذ بعين الاعتبار في هذا الشأن، خطورة الجريمة المزعوم ارتكابها، وطبيعة وشدة العقوبات المحتمل توقيعها، وخطر فرار المتهم في حالة الإفراج عنه. كما تبحث اللجنة وهذه الهيئات أيضاً ما إذا كانت السلطات قد بذلت "جهداً خاصاً" في تسيير الإجراءات، مع الأخذ في الاعتبار التعقيدات التي تكتنف التحقيق وسماته الخاصة، و ما إذا كان التأخير المستمر راجعاً لسلوك المتهم (مثل رفضه التعاون مع السلطات) او الادعاء[1].

ويجوز ان يكون طول المدة التي تعتبر معقولة للتقديم للمحاكمة في حالة الشخص الموقوف أقصر منها في حالة الشخص غير الموقوف. فاللجنة الأوروبية- مثلاً- قالت: إنه على الرغم من ان طول الفترة السابقة على المحاكمة قد يعد معقولاً بموجب المادة ١/٦ من "الاتفاقية الأوروبية". فإنه قد لا يجوز بموجب المادة الخامسة توقيف الشخص طوال هذه الفترة ،لأن الهدف هو الحد من طول فترة حجز المتهم وليس الدعوة إلى الإسراع بالمحاكمة"[2].

وفي حالة شخص اشتبه في ارتكابه لجريمة قتل في بنما، واحتجز بدون كفالة لمدة ثلاث سنوات ونصف قبل أن تظهر براءته، قالت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان: "يجب الإسراع بقدر المستطاع بمحاكمة المتهمين في القضايا التي تتعلق بتهم خطيرة، مثل القتل الخطأ، او القتل العمد. حيث ترفض المحكمة الإفراج عن المتهمين بكفالة"[3].

وخلصت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان إلى ان احتجاز شخص ما، متهم بارتكاب جريمة قتل عقوبتها الإعدام لمدة ستة أشهر قبل بدء المحاكمة، دون اي تفسير مقبول من الدولة، او اي مبرر يمكن تمييزه في ملف الدعوى، يمثل انتهاكاً لحقه في

---

(1) انظر : دليل المحاكمات العادلة مرجع سابق. وانظر قضاء المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، parmi beaucoup d'autres, Frydlender c. France [GC], n° 30979/96, § 43, CEDH. 2000-VII).

(2)voir : André GIUDICELLI:" Procédure pénale", R.S.C., Dalloz,N°3, juill.-sept. 2002 P626. Aussi Centre de Recherches et d'études sur Les droit de l'homme et le droit humanitaire Credhi - Aris-Sud A France et la cour Européenne Rance et de droit de l'homme La jurisprudence de 2001.

(3) دليل المحاكمات العادلة، مرجع سابق.

المحاكمة في غضون فترة زمنية معقولة او الإفراج عنه"[1].

وقالت المحكمة الأمريكية الدولية: إنها تعتبر أن من الظلم تجريد الفرد من حريته لفترة لا تتناسب مع العقوبة المقررة للفعل الجنائي الذي اتهم بارتكابه. وفي حالة "سواريز روزيريو" ، رأت المحكمة أن الاحتجاز لفترة ثلاث سنوات وستة اشهر يمثل انتهاكاً لمبدأ البراءة"[2].

والجدير بالإشارة، ان المشرع الفرنسي قد اكد على المدة المعقولة " للتوقيف المؤقت ". تمشياً مع نص المادة "٥-٣ " من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان[3]. وذلك بموجب قانون تدعيم " قرينة البراءة وحقوق المجني عليه "، الصادر عام ٢٠٠٠، إذ نص في المادة ١٤٤-١[4] على انه " لا يجوز أن يتجاوز الحبس الاحتياطي المدة المعقولة بالنظر إلى خطورة الجريمة المنسوبة للشخص المحال للفحص " المتهم"، وتعقيد التحقيقات اللازمة لكشف الحقيقة . ويجب على قاضي التحقيق، أو قاضي الحريات والحبس -إذا كان طلب الحبس معروض عليه- أن يأمر بإطلاق سراح المحبوس مؤقتا فوراً.. وذلك إذا لم تعد الشروط المنصوص عليها في المادة ١٤٤ متوافرة.

وكانت محكمة النقض الفرنسية. قد ذهبت في حكم سابق لها إلى أن فكرة المدة المعقولة الواردة في المادة ١٤٤-١ الصادر في ٣٠ ديسمبر ١٩٩٦ (قبل تعديلها)، تطبق فقط على الحبس الاحتياطي، خلال إجراءات التحقيق الابتدائي[5]. في حين يرى بعض

---

(1) المرجع السابق نفسه.

(2) المرجع السابق نفسه.

(3) Bernard BOULOC:" La durée des procédures : un délai enfin raisonnable ?",op. cit. P59.

(4) Article 144-1 (Loi n° 87-1062 du 30 décembre 1987 art. 5 Journal Officiel du 31 décembre 1987 en vigueur le 1er septembre 1989)(Loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 art. 21 Journal Officiel du 8 juillet 1989)(Loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996 art. 4 Journal Officiel du 1er janvier 1997 en vigueur le 31 mars 1997) (Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 132 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001)

" La détention provisoire ne peut excéder une durée raisonnable, au regard de la gravité des faits reprochés à la personne mise en examen et de la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité.

Le juge d'instruction ou, s'il est saisi, le juge des libertés et de la détention doit ordonner la mise en liberté immédiate de la personne placée en détention provisoire, selon les modalités prévues par l'article 147, dès que les conditions prévues à l'article 144 et au présent article ne sont plus remplies.

(5) Cass.Crim. du 22 juillet 1997.Arrêt n° 1 : N° 97-82.854.C.A. Paris, 22 avril

الفقه ان المادة ٥-٣ من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان تتعلق بكل الفترة السابقة على الحكم النهائي، وبالتالي يكون من غير المستساغ أن يتم التضييق من نطاق تطبيق المادة ١٤٤-١[1]

الفرع الثاني

تضييق مدة الحبس الاحتياطي في القانون المقارن

اختلفت التشريعات الإجرائية للدول المقارنة في طريقة تقييد مدة الحبس الاحتياطي بمدد محددة إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول من التشريعات: رسم حدود واضحة لمدة الحبس الاحتياطي ، وذلك بوضعه حدود قصوى للجرائم، لا يجوز أن تزيد عنها، مع التفريق بين الجرائم في الحد الأقصى، بحسب جسامة الجريمة.

والاتجاه الثاني: وضع حدود قصوى لجرائم محددة دون غيرها.

والاتجاه الثالث: وضع حد أقصى للحبس الاحتياطي في كافة الجرائم على حد سواء.

وسوف نعرض لها على النحو التالي :

أولاً- تضييق مدة الحبس الاحتياطي " الحبس الاحتياطي" في فرنسا :

وضع المشرع الفرنسي مدداً قصوى للتوقيف المؤقت، وتختلف هذه المدد في الجنح عنها في الجنايات[2] كما تختلف في الأحوال العادية عنها في الأحوال الاستثنائية. وذلك على النحو التالي :

١- مدة الحبس الاحتياطي في الجنح:

فرق المشرع بين نوعين من الجرائم: الجرائم العادية والجرائم ذات الطابع الاستثنائي[3]. وذلك على النحو التالي:

1997. - M. Zannouti

(1)Michèle Laure RASSAT:" Traité de procédure pénale, presses universitaires de France", 2001.N°395, p 627.

(2) ونقصر المدد المختلفة في الحبس المؤقت على الأشخاص البالغين أما ما يتعلق بالأحداث فنحيل القارئ إلى الدكتور شريف سيد كامل، " الحماية الجنائية للأطفال، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص٢٧٩ وما بعدها.

(3)voir: Bernard BOULOC:" La durée des procédures…"op. cit. P58.

النوع الأول من الجنح: في الحالات العادية:

نص المشرع الفرنسي في المادة ١٤٥- ١ من قانون الإجراءات الجنائية[١]. بأنه لا يجوز ان تتجاوز مدة الحبس الاحتياطي عن أربعة اشهر، شريطة الا يكون الشخص محل الفحص " المتهم" قد ادين سابقا بجناية، او جنحة منصوص عليها في القانون العام، وذلك بعقوبة جنائية، او بعقوبة الحبس لمدة تزيد عن سنة غير مشمولة بوقف التنفيذ، وكذلك عندما تكون العقوبة المستحقة للجرم المنسوب إلى الشخص هي الحبس لمدة اقل، او تعادل خمس سنوات. وفي الحالات الأخرى، "اي عندما يكون قد حكم عليه بعقوبة جناية . او بعقوبة الحبس لمدة تزيد عن سنة بدون وقف التنفيذ

---

(١)Article 145-1 (Loi n° 84-576 du 9 juillet 1984 art. 10 et 19 Journal Officiel du 10 juillet 1984 en vigueur le 1er janvier 1985)(Loi n° 87-1062 du 30 décembre 1987 art. 7 Journal Officiel du 31 décembre 1987 en vigueur le 1er septembre 1989)(Loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 art. 6 Journal Officiel du 8 juillet 1989 en vigueur le 1er décembre 1989) (Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 239 Journal Officiel du 5 janvier 1993 en vigueur le 1er mars 1993)(Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 65 Journal Officiel du 5 janvier 1993 en vigueur le 1er janvier 1994)(Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 art. 19 Journal Officiel du 25 août 1993 en vigueur le 2 septembre 1993)(Loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996 art. 6 Journal Officiel du 1er janvier 1997 en vigueur le 31 mars 1997)(Loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996 art. 6 Journal Officiel du 1er janvier 1997 en vigueur le 1er juillet 1997)(Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 58 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001)(Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 art. 37 Journal Officiel du 10 septembre 2002)

En matière correctionnelle, la détention provisoire ne peut excéder quatre mois si la personne mise en examen n'a pas déjà été condamnée pour crime ou délit de droit commun soit à une peine criminelle, soit à une peine d'emprisonnement sans sursis d'une durée supérieure à un an et lorsqu'elle encourt une peine inférieure ou égale à cinq ans.

Dans les autres cas, à titre exceptionnel, le juge des libertés et de la détention peut décider de prolonger la détention provisoire pour une durée qui ne peut excéder quatre mois par une ordonnance motivée conformément aux dispositions de l'article 137-3 et rendue après un débat contradictoire organisé conformément aux dispositions du sixième alinéa de l'article 145, l'avocat ayant été convoqué selon les dispositions du deuxième alinéa de l'article 114. Cette décision peut être renouvelée selon la même procédure, sous réserve des dispositions de l'article 145-3, la durée totale de la détention ne pouvant excéder un an. Toutefois, cette durée est portée à deux ans lorsqu'un des faits constitutifs de l'infraction a été commis hors du territoire national ou lorsque la personne est poursuivie pour trafic de stupéfiants, terrorisme, association de malfaiteurs, proxénétisme, extorsion de fonds ou pour une infraction commise en bande organisée et qu'elle encourt une peine égale à dix ans d'emprisonnement................"

وكانت العقوبة المقررة للجريمة المنظورة هي الحبس لمدة تزيد عن خمس سنوات".
فإنه يجوز استثناء لقاضي الحريات والحبس تمديد الحبس الاحتياطي لمرة واحدة، ولا تزيد عن اربعة أشهر أخرى، وان يكون ذلك بقرار مسبب طبقا لأحكام المادة ١٣٧-٣.ج. وان يصدر القرار بعد مداولة حضورية لجميع الأطراف طبقا للإجراء المنصوص عليه في الفقرة السادسة من المادة ١٤٥، وان يستدعى محامي المتهم للحضور، وفقا للإجراءات المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ١٤٤[1].

و قرار تمديد الحبس الاحتياطي يجب ان يكون وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في المادة ١٤٥-٣[2].

ولا يجوز ان تتجاوز المدة الإجمالية للتوقيف المؤقت عن سنة.

النوع الثاني من جرائم الجنح: في الحالات الاستثنائية:

خرج المشرع الفرنسي عن الحد الأقصى للحبس المؤقت،اي بما لا يزيد عن سنة، بحيث يصل إلى سنتين؛ في جرائم الجنح. وذلك عندما تكون بعض الأفعال المكونة للجريمة قد وقعت خارج الأراضي الفرنسية، أو عندما يكون الشخص ملاحقاً بسبب الاتجار بالمخدرات، أو الإرهاب، أو عصابة الأشرار، أو القوادة . أو ابتزاز الأموال، أو من اجل جريمة مرتكبة من قبل عصابة منظمة، وكانت العقوبة المستحقة تصل إلى عشر سنوات حبس[3].

---

(1)Article 114 deuxième alinéa (loi n° 85-1407 du 30 décembre 1985 art. 15 et art. 94 Journal Officiel du 31 décembre 1985 en vigueur le 1er février 1986)(Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 32 Journal Officiel du 5 janvier 1993 en vigueur le 1er mars 1993)(Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 art. 12 Journal Officiel du 25 août 1993 en vigueur le 2 septembre 1993)(Loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996 art. 2 Journal Officiel du 1er janvier 1997 en vigueur le 31 mars 1997)(Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 83 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001)(Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 art. 126 II Journal Officiel du 10 mars 2004)

Les avocats sont convoqués au plus tard cinq jours ouvrables avant l'interrogatoire ou l'audition de la partie qu'ils assistent par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, télécopie avec récépissé ou verbalement avec émargement au dossier de la procédure.

(2) وقد اشرنا سابقا لمضمون المادة ١٤٥-٣ والتي تستوجب ان يتضمن قرار التوقيف المؤقت الأسباب الخاصة التي تبرر متابعة التحقيق والمدة المتوقعة لإتمام الإجراءات. انظر ما سبق.

(3) انظر نص المادة ١٤٥ -١ أ.ج.ف. اخر الفقرة الثانية والمشار إليها انفا

٢- مدة الحبس الاحتياطي في الجنايات:

نص المشرع الفرنسي في المادة ١٤٥-٢ - بعد عدة تعديلات-[1] على، انه" في مجال الجنايات، لا يجوز بقاء الشخص المتهم رهن الحبس الاحتياطي لمدة تزيد عن سنة، إلا انه -مع مراعاة احكام المادة ١٤٥-٣ ا.ج. يجوز لقاضي الحريات والحبس في نهاية المدة

---

[1]Article 145-2 (Loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 art. 6 Journal Officiel du 8 juillet 1989 en vigueur le 1er décembre 1989)(Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 240 Journal Officiel du 5 janvier 1993 en vigueur le 1er mars 1993)(Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 66 Journal Officiel du 5 janvier 1993 en vigueur le 1er janvier 1994)(Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 art. 19 Journal Officiel du 25 août 1993 en vigueur le 2 septembre 1993)(Loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996 art. 7 Journal Officiel du 1er janvier 1997 en vigueur le 31 mars 1997)(Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 59 et 132 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001)(Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 art. 37 Journal Officiel du 10 septembre 2002)

En matière criminelle, la personne mise en examen ne peut être maintenue en détention au-delà d'un an. Toutefois, sous réserve des dispositions de l'article 145-3, le juge des libertés et de la détention peut, à l'expiration de ce délai, prolonger la détention pour une durée qui ne peut être supérieure à six mois par une ordonnance motivée conformément aux dispositions de l'article 137-3 et rendue après un débat contradictoire organisé conformément aux dispositions du sixième alinéa de l'article 145, l'avocat ayant été convoqué conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 114. Cette décision peut être renouvelée selon la même procédure.

La personne mise en examen ne peut être maintenue en détention provisoire au-delà de deux ans lorsque la peine encourue est inférieure à vingt ans de réclusion ou de détention criminelles et au-delà de trois ans dans les autres cas. Les délais sont portés respectivement à trois et quatre ans lorsque l'un des faits constitutifs de l'infraction a été commis hors du territoire national. Le délai est également de quatre ans lorsque la personne est poursuivie pour plusieurs crimes mentionnés aux livres II et IV du code pénal, ou pour trafic de stupéfiants, terrorisme, proxénétisme, extorsion de fonds ou pour un crime commis en bande organisée.

A titre exceptionnel, lorsque les investigations du juge d'instruction doivent être poursuivies et que la mise en liberté de la personne mise en examen causerait pour la sécurité des personnes et des biens un risque d'une particulière gravité, la chambre de l'instruction peut prolonger pour une durée de quatre mois les durées prévues au présent article. La chambre de l'instruction, devant laquelle la comparution personnelle du mis en examen est de droit, est saisie par ordonnance motivée du juge des libertés et de la détention selon les modalités prévues par le dernier alinéa de l'article 137-1, et elle statue conformément aux dispositions des articles 144, 144-1, 145-3, 194, 197, 198, 199, 200, 206 et 207. Cette décision peut être renouvelée une fois sous les mêmes conditions et selon les mêmes modalités.

Les dispositions du présent article sont applicables jusqu'à l'ordonnance de règlement.

المحددة، (اي بعد انقضاء السنة)، ان يمد الحبس الاحتياطي لمدة لا يجوز ان تزيد عن ستة اشهر، وذلك بقرار مسبب طبقا لأحكام المادة ١٣٧-٣ ا.ج. يصدر بعد مداولة حضورية طبقا لأحكام الفقرة السادسة من المادة ١٤٥، وان يكون المحامي قد دعي إلى الحضور طبقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة ١١٤ ".

" ويجوز الإبقاء على الشخص محل الفحص " المتهم" رهن الحبس الاحتياطي لمدة لا تزيد على سنتين، وذلك عندما تكون العقوبة المستحقة هي السجن لمدة لا تزيد على عشرين سنة".

" وتكون المدة القصوى للتوقيف المؤقت لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات في الحالات الأخرى (أي عندما تكون العقوبة السجن مدة عشرين سنة فأكثر. ويمكن تمديد المدة من ثلاث سنوات إلى أربع سنوات، وذلك عندما تكون بعض الأفعال المكونة للجريمة قد وقعت خارج الأراضي الفرنسية، أو عندما يكون الشخص ملاحقا بجرائم متعددة منصوص عليها في الكتابين الثاني والرابع من قانون العقوبات الفرنسي (وهي الجرائم الواقعة ضد الأفراد . أو ضد الأمة . أو ضد الدولة، او المخلة بالأمن العام) وفي جرائم الاتجار بالمخدرات، أو الإرهاب ، أو تشكيل عصابة إجرامية، أو القوادة او ابتزاز الأموال . او من اجل جريمة مرتكبة من قبل عصابة منظمة ".

ويرى بعض الفقه[1] . ان النصوص السابقة التي وضعت الحدود القصوى للتوقيف المؤقت إلى جانب أنها ضيقت من نطاق الإجراءات الماسة بالحرية الشخصية ،بوضع شروط مباشرة الإجراءات التي تضمن احترام حقوق الإنسان، فقد ادت إلى التقليل من عدد الموقوفين، وبالتالي قلصت من ازدحام السجون. وفي ذات الوقت هدفت تلك النصوص إلى حث قضاة التحقيق على سرعة اتخاذ الإجراءات الجنائية ، الأمر الذي يؤدي إلى تقصير المدة التي تستغرقها الدعوى الجنائية[2].

ثانياً : الحد الأقصى لمدة الحبس الاحتياطي في مصر:

اتجه المشرع المصري إلى وضع حد أقصى للحبس الاحتياطي في مواد الجنح دون الجنايات، حيث نص في الفقرة الثانية من المادة ١٤٣ من قانون الإجراءات الجنائية بأنه ".. وفي جميع الأحوال لا يجوز ان تزيد مدة الحبس الاحتياطي على ستة اشهر، ما لم يكن المتهم الأول قد اعلن بإحالته إلى المحكمة المختصة قبل انتهاء هذه المدة".

---

(1)Bernard BOULOC:" La durée des procédures ...",op. cit., p.59.
(2)Carol VUILLEMIN-GONZALES : La protection de la liberté pendant La phase préparatoire, op. cit. p. 101 .

فإذا كانت التهمة المنسوبة إليه جناية، فلا يجوز ان تزيد مدة الحبس الاحتياطي على ستة شهور، إلا بعد الحصول قبل انقضائها على امر من المحكمة المختصة بمد الحبس مدة لا تزيد على خمسة واربعين يوما قابلة للتجديد لمدة او مدد اخرى مماثلة، وإلا وجب الإفراج عن المتهم في جميع الأحوال.

ويتضح من هذا النص ان المشرع المصري. وإن كان قد حرص على وضع حد اقصى للحبس الاحتياطي ،تمشيا مع نص الفقرة الأخيرة من المادة ٤١ من الدستور والتي تقضي بأن يحدد القانون مدة الحبس الاحتياطي ، فإنه لم يضع حداً اقصى لمدة الحبس الاحتياطي لكل الجرائم، أي في الجنح والجنايات معاً. وحتى المدة القصوى للحبس في جرائم الجنح لم تأت بشكل حاسم،إذ اقتصر الأمر على وضع حد اقصى للحبس الاحتياطي لسلطة التحقيق الابتدائي، وهي ستة أشهر في مواد الجنح، بحيث لا يجوز لها ان تبقي المتهم رهن الحبس الاحتياطي، ما لم يكن قد تمت إحالته للمحكمة المختصة قبل انتهاء هذه المدة[1]، وإذا أحيل المتهم إلى مستشار الإحالة او المحكمة المختصة، فإنه يجوز -طبقا للفقرة الثالثة من المادة ١٤٣ ا.ج.- ان يستمر حبس المتهم احتياطيا دون حد اقصى[2].

واما في مجال الجنايات، فإن مدة الستة أشهر تكون قابلة للتجديد لمدة لا تزيد على خمسة واربعين يوما، قابلة للتجديد لمدة، أو لمدد مماثلة، بأمر من المحكمة المختصة، دون التقيد بعدد مرات المد ، بمعنى انه لا يقيد الحبس الاحتياطي في الجنايات بحد أقصى[3].

ويرى بعض الفقه [4] - بحق- ان هذا الإطلاق في الحبس الاحتياطي يتعارض مع النص الدستوري الذي يستوجب وضع حد أقصى لمدة الحبس الاحتياطي يكون بمثابة قيد زمني، يجب ان ينتهي عندها حتما[5]. ولذلك يعد النص مشوبا بعيب دستوري.

---

(1) الدكتور مامون سلامة ، " الإجراءات الجنائية في التشريع المصري " ، الجزء الأول ط ٢٠٠٠، مرجع سابق، ص٧٠٥.
(2) الدكتور هلالي عبد اللاه احمد " المركز القانوني للمتهم " ، مرجع سابق ، ص٧٦٦.
(3) استاذنا الدكتور محمد ابو العلا عقيدة : " شرح قانون الإجراءات الجنائية"، مرجع سابق ، ص ٤٦
(4) انظر : الدكتور هلالي عبد اللاه احمد " المركز القانوني للمتهم " ، مرجع سابق ، ص٧٦٧.
(5) انظر المادة ٤١ من الدستور المصري" والمادة ٤٨- ج من الدستور اليمني ".

و ذهب جانب من الفقه[1] إلى ان مدة الحبس الاحتياطي في مواد الجنح يجب ان تنتهي حتما بعد مضي ستة اشهر من تاريخ بداية الحبس، ولو كان المتهم قد اعلن بإحالته إلى محكمة الموضوع، ويرى هذا الفقه، ان هذا مستفاد ضمناً من صياغة المادة ١٤٣ التي استثنت الجنايات من اقتضاء الإفراج الحتمي بعد مضي ستة اشهر، إلا بعد الحصول - قبل انقضائها-، على امر من المحكمة المختصة بمد الحبس مدد اخرى لا تزيد كل مدة عن خمسة وأربعين يوما. وبالتالي، فإنه بمفهوم المخالفة، يكون الإفراج في الجنح وجوبياً بعد ستة اشهر. ولا يجوز تجديد الحبس حتى بمعرفة المحكمة المختصة، وإلا فما علة تخصيص الجنايات وحدها بهذا الحكم؟.

وهذا الرأي رغم وجاهته، كونه يفسر نص المادة ١٤٣ لصالح المتهم، إلا انه يحمل النص الصريح اكثر مما يحتمل. ولا مجال فيه للاجتهاد، على فرض صحة الاجتهاد في موضع النص[2].

ولو قبلنا ضمنا بأن الحد الأقصى للحبس الاحتياطي في قضايا الجنح ستة اشهر في كل الأحوال، فإن التعارض مع الدستور.مازال قائماً، كون المشرع المصري لم يضع حداً اقصى للحبس الاحتياطي في مجال الجنايات، والنص الدستوري في المادة ٤١ من الدستور يشمل الجنح والجنايات، دون تمييز بينها.

ولهذا كان الأحرى بالمشرع المصري ان يتدارك هذا الوضع، فينص صراحة على حد اقصى لمدة الحبس الاحتياطي. سواء في مجال الجنح، أو الجنايات، بحيث يفرج عن المتهم المحبوس احتياطيا طالما لم يقدم خلالها امام المحكمة، ولا يعني هذا ان تكون المدة القصوى في الحالتين واحدة، بل تكون بحسب جسامة الجريمة وخطورتها.

والمهم يجب أن تكون هناك مدة مقبولة لا يجوز الخروج عنها، مما يحث جهة القضاء على الإسراع في تقديم الدعوى للمحكمة والفصل فيها. وهذا هو السائد حاليا في التشريع الفرنسي وهو الأكثر ضمانا لحماية اصل البراءة.

وغني عن البيان ان هناك مشروع قانون يتم مناقشته في مجلس الشعب المصري في الوقت الحالي يسعى الى تعديل بعض المواد المتعلقة بالحبس الاحتياطي ليتواكب مع مواثيق حقوق الإنسان واحترام كرامته وحرمته. ويتضمن المشروع اقتراحا بأن لا تتجاوز مدة الحبس الاحتياطي في حدها الأقصى اربعة اشهر. ويفرض مشروع

---

(1) الدكتور إسماعيل سلامة، " الحبس الاحتياطي "، مرجع سابق، ص١١٧و١١٨.

(2) انظر: الدكتور احمد إدريس احمد، " افتراض براءة المتهم"، مرجع سابق، ص ٧٨١. الدكتور عبدالعزيز احمد سيف القدسي ، " الحبس الاحتياطي في التشريع اليمني "، مرجع سابق ، ص١٥٨.

القانون على سلطة الحبس بيان الأسباب التي دعتها لاتخاذ قرار الحبس، وفرض رقابة قضائية عليه، وحق المتهم في استئناف أوامر الحبس خلال ٣٠ يوماً، شريطة الا تتجاوز مدة الحبس الاحتياطي سنة في الجنح وثلاث سنوات في الجنايات و٤ سنوات في الجرائم التي تصل عقوبتها إلى المؤبد أو الإعدام ، والا تتجاوز نصف الحد الأقصى للعقوبة في كل الأحوال[١] .

ثالثاً : الحد الأقصى لمدة الحبس الاحتياطي في اليمن :

نص الدستور اليمني في الفقرة الأخيرة من المادة ٤٨-ج. : "ويحدد القانون المدة القصوى للحبس الاحتياطي" .

وقد وضع المشرع الإجرائي حداً أقصى للحبس الاحتياطي، بحيث لا تزيد مدة الحبس الاحتياطي كلها- بعد التمديد-، عن ستة أشهر. ولكن المشرع اليمني جعل هذه المدة نهائية فقط بالنسبة للتحقيق الابتدائي.والأدل على ذلك، أن المشرع بعد ما أورد الحد الأقصى لمدة الحبس الاحتياطي في المادة ١٩١ من قانون الإجراءات الجزائية،عاد واستثنى في عجز المادة عينها بقوله : " ما لم يكن المتهم قد أعلن بإحالته إلى المحكمة المختصة، قبل انتهاء المدة، وإلا وجب حتما الإفراج عنه."[٢] .

ولم يحسم المشرع اليمني بشكل واضح المدة القصوى للحبس الاحتياطي برمته بحيث يستوجب بعدها الإفراج عن الشخص، سواء كان في مرحلة التحقيق الابتدائي أو في مرحلة المحاكمة. وبالتالي يعتبر هذا النص مخالفاً لصريح المادة ٤٨-ج من الدستور. ومخلاً بأصل البراءة.

وندعو المشرع اليمني أن يلتزم بما جاء في الدستور، ويضع نصاً واضحاً للمدة القصوى للحبس الاحتياطي،كونه إجراءً استثنائياً، وذلك على غرار ما ذهب إليه التشريع الفرنسي[٣] ، حتى لا يظل الشخص مقيد الحرية مدة طويلة، مما يخل

---

(١) منشور بجريدة الأهرام في العدد الصادر يوم الثلاثاء ٣٠ مايو ٢٠٠٦، الصفحة السابعة.

(٢) انظر الفقرة الأخيرة من المادة ١٩١ من قانون الإجراءات الجزائية.

(٣) وضع التشريع الأردني حدود قصوى للتوقيف، حيث نص المشرع الأردني في المادة ١١٤-١ من قانون أصول المحاكمات الجزائية المعدل بموجب القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠١[٢] على أنه " لا يتجاوز التمديد ستة أشهر في الجنايات وشهرين في الجنح ويفرج عن المشتكي عليه بعدها.مالم يتم تجديد مدة التوقيف وفقاً لأحكام الفقرة ٤ من هذه المادة. ويجري نص الفقرة رقم(٤) بأنه " إذا اقتضت مصلحة التحقيق استمرار توقيف المشتكي عليه بعد انتهاء المدد المبينة في الفقرة (١) من هذه المادة وجب على المدعي العام عرض ملف الدعوى على المحكمة المختصة بنظر الدعوى وللمحكمة بعد الاطلاع على مطالعة المدعي العام وسماع أقوال المشتكي عليه أو وكيله والإطلاع على أوراق التحقيق أن تقرر تمديد مدة التوقيف لمدة لا تتجاوز شهرا في كل مرة على أن لا يزيد مجموع التمديد في جميع الأحوال في الجنح على شهرين أو أن تقرر الإفراج عن الموقوف بكفالة أو بدونها . " وبهذا يمكن القول أن المشرع الأردني جعل الحد-

بالتوازن المطلوب بين حقوق الفرد وحرياته، ومقتضيات كشف الجريمة ومعاقبة مرتكبها.

ومن الواضح انه لا يوجد اختلافاً بيناً بين التشريعين المصري- قبل مشروع التعديل- واليمني في هذا الأمر، فكلاهما لم يحسما بشكل قاطع المدة القصوى للحبس على غرار ما فعله المشرع الفرنسي، والاختلاف بينهما فقط في ان المشرع اليمني لم يفرق بين الجرائم في الحد الأقصى للحبس الاحتياطي في مرحلة التحقيق الابتدائي.

المطلب السابع

ضمانات المحبوس احتياطياً لحماية أصل البراءة

هناك ضمانات متعددة كفلتها المواثيق الدولية والتشريعات المقارنة للشخص المحبوس احتياطياً، وهي ضمانات تشكل مصدر من مصادر الحماية الجنائية لأصل البراءة[1].

وقد سبق لنا ان بينا حقوق الشخص المقبوض عليه، وهي ضمانات عامة تنطبق على الشخص المحبوس احتياطياً أيضاً، ونحيل القارئ إليها، ونكتفي هنا فقط بتوضيح الضمانات الخاصة الممنوحة للشخص في حالات الحبس الاحتياطي وذلك على النحو التالي:

أولاً: حق المحبوس احتياطيا في الطعن في مشروعية الحبس الاحتياطي

لا شك أن الضمانات التي وضعتها الشرعة الدولية، وأكدتها الدساتير والتشريعات الداخلية إنما قصد منها حماية الحرية الشخصية، وأصل البراءة. وبالتالي، فإن الانتقاص من هذه الضمانات يعد انتهاكاً للحرية الشخصية، ولأصل البراءة. ومن ثم يوصم الفعل بعدم المشروعية.

ومن مقتضيات الحماية الجنائية لأصل البراءة أثناء الحبس الاحتياطي، حماية

-الأقصى لمدة التوقيف في الجنح بشكل عام سواء لسلطة التحقيق او للمحكمة المختصة هي اربعة اشهر يجب بعدها الإفراج عن الشخص المتهم بكفالة او بدون كفالة أما في الجنايات فلم يحدد للمدة القصوى سواء في مرحلة التحقيق الابتدائي وهي ستة اشهر. وقد كان المشرع الأردني اكثر وضوحا في هذا الصدد بالنسبة للجنح وان كان قد اغفل عن المدة القصوى في حالة الجنايات. انظر قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني الصادر في سنة ١٩٦١ والمعدل بموجب القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠١ ومنشور في الجريدة الرسمية الأردنية بتاريخ ١٨-٣-٢٠٠١ .

(1) انظر ، استاذنا الدكتور محمد ابو العلا عقيدة ، "شرح قانون الإجراءات الجنائية"، مرجع سابق ، ص ٤٦٨.

المتهم من تعرضه للحبس التعسفي. وبالتالي. فكل من جردت حريته دون حكم قضائي بات من حقه ان يعرض دعواه على محكمة للطعن في مشروعية حبسه.

وهذا الحق كفلته المعاهدات الدولية، حيث نصت المادة ٤/٩ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بانه " لكل شخص حرم من حريته بالتوقيف او الاعتقال، حق الرجوع إلى محكمة، لكي تفصل دون إبطاء، في قانونية اعتقاله، وتأمر بالإفراج عنه إذا كان الاعتقال غير قانوني."

واكدت هذا الأمر المادة ٤/٥ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، حيث نصت على ان " اي شخص يحرم من حريته بالقبض عليه، او حجزه له حق اتخاذ الإجراءات التي يتقرر بها بسرعة مدى شرعية القبض عليه، او حجزه بمعرفة محكمة، ويفرج عنه إذا لم يكن حجزه مشروعاً" [١].

ولا يقف الأمر عند حد رفع دعوى تظلم فحسب، وإنما يتعين على السلطات أن تقدم تظلم المتهم، للمحكمة التي ستنظرها، دون اي تأخير يجاوز حد المعقول. وعلى المحكمة التي تبحث مدى مشروعية قرار الحبس. أن تبت "على وجه سريع" و"دون إبطاء" في الأمر. وأن تأمر بالإفراج عن الشخص المحتجز إذا ثبت لها ان قرار الحبس غير قانوني [٢].

وفي هذا الصدد جاء في المبدأ ٣٢ من مجموعة مبادئ حماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من اشكال الحبس. أو السجن، بأنه:

" ١- يحق للشخص المحتجز. او محاميه في اي وقت أن يقيم وفقاً للقانون المحلي دعوى أمام سلطة قضائية او سلطة اخرى للطعن في قانونية احتجازه، بغية الحصول على امر بإطلاق سراحه دون تأخير، إذا كان احتجازه غير قانوني".

٢ - "... وعلى السلطة التي تحتجز الشخص إحضاره دون تأخير لا مبرر له أمام السلطة التي تتولى المراجعة" [٣].

---

(١)Article 5 -4: Convention européenne des Droits de l'Homme: " Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa *libération* si la *détention* est *illégale* ".

(٢) انظر في ذلك: الفصل السادس من دليل المحاكمات العادلة، مرجع سابق.

(٣)مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من اشكال الاحتجاز او السجن اعتمدت ونشرت على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ١٧٣/٤٣ المؤرخ في ٩ ديسمبر ١٩٨٨.

والحق في التظلم من قانونية الحبس الاحتياطي لابد ان يكون امام محكمة او سلطة اخرى، غير السلطة التي اتخذت قرار الحبس الاحتياطي، وأن تتمتع هذه الجهة بالاستقلال والحياد. وفي هذا الخصوص قالت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان: إن إيكال سلطة البت في استمرار " التوقيف " السابق للمحاكمة، للنيابة العامة، وليس لقاضي تحقيق، لا يتفق مع المادة ٩ /٣ من "العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية". وقالت ايضاً: بأن الغرض من المادة ٤/٩ من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية هو ضمان ان تكون المحكمة هي التي تراجع مسألة الاحتجاز، وليس مجرد اي سلطة يحكمها القانون. ويجب على السلطة، أن تتحلى بدرجة معينة من الموضوعية والاستقلالية، كي تمارس الرقابة الملائمة على الاحتجاز"[1].

ولا يقتصر هذا الحق ايضا على الشخص المتهم بارتكاب جريمة في ظل القانون العادي، وإنما يجب تطبيقه كذلك بصفة دائمة، سواء كان المحبوس احتياطياً وفقاً للأحوال العادية، او وفقاً للقوانين الاستثنائية، كما هو الحال في قوانين الطوارئ. ورغم ان "العهد الدولي" و"الاتفاقية الأوروبية" يجيزان في الوقت الراهن عدم التقيد بالحق في الطعن في قانونية الحبس الاحتياطي أمام محكمة في بعض الظروف. فإن لجنة حقوق الإنسان ولجنتها الفرعية لمنع التمييز وحماية الأقليات، قد دعيتا جميع الدول إلى "حفظ الحق في هذا الإجراء في جميع الأوقات والأحوال، بما في ذلك اثناء حالات الطوارئ"[2].

---

(1) انظر: أنتي فيولاني ضد فنلندا في ٧ نيسان/أبريل ١٩٨٩ ،الوثائق الرسمية للجمعية العامة للأمم المتحدة، الملحق رقم ٤٠ (A/44/40) المرفق العاشر.

(2) انظر في ذلك المادة ٢٥ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان والتي لا تجيز للدول أن توقف العمل بهذا الحق حتى في الظروف الاستثنائية، مثل حالة الطوارئ. وللأسف فإن الولايات المتحدة الأمريكية هي من أكبر الدول انتهاكا لهذا الحق- ولغيره - في الوقت الراهن ، حيث جردت أو تهدد بتجريد الأشخاص المعتقلين لديها في افغانستان وسواها، من الحقوق المعترف بها دولياً، ومن ضمنهم اولئك المعتقلون في معسكر اشعة أكس في غوانتنامو بكوبا. حيث اقدمت على جملة من الانتهاكات اهمها:

- انتهكت أصل البراءة في المتهم من خلال نمط من التعليقات العلنية حول افتراض ذنب الأشخاص المحتجزين لديها في غوانتنامو.
- نقل أشخاص واحتجازهم في أوضاع يمكن أن تصل إلى حد المعاملة القاسية أو لا إنسانية ورفضت إبلاغ الأشخاص المحتجزين لديها بجميع حقوقهم.
- رفضت منح الأشخاص المعتقلين لديها حق الاستعانة بمحام، بما في ذلك خلال استجوابهم من جانب سلطات الولايات المتحدة وسواها.
- رفضت منح الأشخاص المحتجزين لديها حق اللجوء إلى المحاكم للطعن في قانونية اعتقالهم.
- أخفقت في تسهيل إجراء اتصالات دون إبطاء مع أفراد عائلاتهم أو السماح لهؤلاء بمقابلتهم.-

ومن الوسائل التي تضمن للشخص المحبوس احتياطيا التظلم في قانونية حبسه ان يمثل بنفسه امام القاضي المختص. وهذه الضمانة مستمدة من المفهوم القانوني القديم المعمول به في النظام الانجليزي والتي يطلق عليه اصطلاحاً Habeas corpus ومعناه الأمر بإحضار المحبوس عينه (جسم المحبوس)[1].

وهذا النظام، وإن كان يقصد من ورائه وضع شرعية الحبس الاحتياطي على المحك، بيد ان امر المثول امام القاضي يمكن ان يساعد ايضاً على ضمان سلامة المحبوس والتأكد من مشروعية حبسه. ولا شك أن هذه الوسيلة القانونية توفر حماية ليس للحق في الحرية فحسب، وإنما لحماية الحق في أصل البراءة.

والحقيقة ان كثيراً من هذه القواعد تغيب عن تشريعاتنا الداخلية ، ففي التشريع الإجرائي المصري تفتقر قرارات الحبس الاحتياطي إلى حق الطعن أمام القضاء ، ولم يأخذ القانون بنظام الأمر بإحضار المحبوس بذاته[2].

وهذا الوضع - بلا شك- ينطوي على مخالفة دستورية للمادة ٧١ من الدستور المصري والتي تقضي بحق التظلم امام القضاء من الإجراء الذي قيد حريته الشخصية، وترك للقانون تنظيم وسيلة التظلم من أوامر الحبس الاحتياطي أمام القضاء[3]. وبالتالي يشكل انتهاكاً للحق في اصل البراءة. وهو ما دفع إلى تقديم مشروع يسمح بحق التظلم حسب ما بينا سابقاً.

=• اضعفت الإجراءات القانونية المعتمدة وإجراءات الحماية من التسليم في حالات الأشخاص الذين احتجزوا خارج افغانستان ونقلوا إلى غوانتنامو.

انظر هذه الانتهاكات في الوثيقة المقدمة من منظمة العفو الدولية للحكومة الأمريكية الصادرة بتاريخ ٥ ابريل ٢٠٠٢. ومنشورة على موقع المنظمة على شبكة الانترنت في الرابط التالي:

http://web.amnesty.org/library/Index/ARAAMR510532002?open&of=ARA-USA

(1) انظر : استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور : " القانون الجنائي الدستوري، ط٢٠٠٤، ص٤٧٤. د .هلالي عبد اللاه احمد، " المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي" ، مرجع سابق ٩١٣.

(2) وقد اختلف الفقه المصري بشأن موقف الدستور من نظام الأمر بإحضار جسم المحبوس فالبعض يرى ان الدستور قد اخذ بهذا النظام استنادا إلى نص الفقرة الأخيرة من المادة ٧١ ،والتي تبيح للشخص المحبوس التظلم امام القضاء من الإجراء الذي قيد حريته الشخصية . في حين ذهب راي آخر إلى خلاف ذلك حيث لا يرى له اي اثر سوى في التعديل الذي ادخل على قانون الطوارئ بموجب قانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢. وهذا الراي هو ما اكده استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور، في مؤلفه الهام " القانون الجنائي الدستوري "ط٢٠٠٤ مرجع سابق،ص٤٧٤.حيث يرى ان مشروع الدستور كان ينص على عرض التظلم على رئيس محكمة الجنايات المختصة في خلال مدة معينة وكان المقصود بذلك الأخذ بنظام الأمر بإحضار المحبوس بذاته ولم يتحقق.

(3) انظر : استاذنا الدكتور . محمد ابو العلا عقيدة : " شرح قانون الإجراءات الجنائية"، مرجع سابق ، ص ٤٧٤.

واما التشريع الإجرائي اليمني، فقد اعطى المتهم حق الطعن أما محكمة الاستئناف في الأوامر الصادرة بالحبس الاحتياطي، حيث نصت المادة ٢٢٥من قانون الإجراءات الجزائية على انه " للمتهم ان يطعن في الأوامر الصادرة بحبسه احتياطياً، ولجميع الخصوم أن يطعنوا في الأوامر المتعلقة بمسائل الاختصاص..".

ولم يحدد النص ميعاد للطعن الذي يتقدم به المتهم واقتصر فقط على تحديد ميعاد للنيابة العامة إذا طعنت في الأمر الصادر بالإفراج عن المتهم المحبوس احتياطياً وهي ثلاثة ايام من وقت صدور الأمر بالإفراج ، ولا يفرج عن المتهم إلا بعد مضي مدة الطعن ويفصل في الطعن خلال خمسة ايام من تاريخ التقرير به، و إذا لم تقرر النيابة الطعن مجدداً امام المحكمة العليا وجب الإفراج عن المتهم المحبوس احتياطياً فوراً[1].

واما التشريع الإجرائي الفرنسي. فقد استحدث المشرع وظيفة قاضي الحريات والحبس- كما بينا سابقا-، ومن وظيفته الفصل في كافة المنازعات المرتبطة بالإجراءات الماسة بالحقوق والحريات ذات الخطورة الخاصة ومنها بطبيعة الحال الطعون المتعلقة بالحبس الاحتياطي، واصبح حضور المتهم، او محاميه شرطاً للبت في طلبات الحبس وتمديده[2].

ثانياً : حق الشخص المحبوس احتياطياً في أن يعامل معاملة إنسانية

هذا الحق مكفول في الكثير من المعايير الدولية. فهو مكفول بموجب اتفاقيات حقوق الإنسان والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان[3].

وتفرض هذه المعايير الدولية واجباً على الدولة إزاء ضمان حد ادنى من معايير الحبس الاحتياطي، وحماية حقوق كل محتجز أثناء حرمانه من الحرية.

وقد اوضحت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان ان الأشخاص المحرومين من الحرية "

---

(1) انظر المواد من ٢٢٦ حتى ٢٢٩ من قانون الإجراءات الجزائية اليمني.

(2) انظر ما سبق.

(3) القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء، وقد اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين وصدق عليها المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة، وهي تحدد الأمور المقبولة بوجه عام كمبادئ واعراف حسنة في مجال معاملة السجناء. وفي عام ١٩٧١، دعت الجمعية العامة للأمم المتحدة الدول الأعضاء لتنفيذ هذه القواعد وإدراجها في تشريعاتها الوطنية. انظر دليل المحاكمات العادلة مرجع سابق

لا يجوز تعريضهم لأية صعاب، او فرض اية قيود عليهم، سوى ما ترتب منها على حرمانهم من الحرية... ويتمتع الأشخاص المحرومون من الحرية بجميع الحقوق المنصوص عليها في "العهد الدولي"[1].

وكذلك ذهبت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان إلى، ان "واجب معاملة المحتجزين باحترام للكرامة المتأصلة في شخص كل إنسان منهم، هو معيار اساسي عالمي التطبيق ولا يمكن للدول ان تبرر معاملتها لهم على نحو لا إنساني بحجة نقص الموارد المادية او الصعوبات المالية. وهي ملزمة بتزويد جميع المحتجزين بالخدمات اللازمة بما يلبي جميع احتياجاتهم الأساسية"[2].

وتشمل هذه الاحتياجات الأساسية: توفير الطعام، ومرافق الاستحمام والصرف الصحي، والفراش والملابس، والرعاية الصحية، والتعرض للضوء الطبيعي، والترويح عن النفس والتمرينات الرياضية، وتخصيص اماكن لممارسة الشعائر الدينية والسماح للمحتجزين بالاتصال فيما بينهم؛ على ان يشمل ذلك إمكانيات الاتصال بالعالم الخارجي.[3]

ثالثاً: معاملة المحبوس احتياطياً بشكل مختلف عن المحكوم عليه بالحبس

نصت الفقرة الأولى من المادة " ١٠-٢ " من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على، ان: " يفصل الأشخاص المتهمون عن الأشخاص المدانين، إلا في ظروف استثنائية . . .".

وواضح أن الهدف من فصل الأشخاص المتهمين عن الأشخاص المدانين في الحبس، إنما مرجعه، التأكيد على ان الأصل في المتهم البراءة. وبالتالي، فإن تدعيم حماية هذا الأصل يفرض على الجهة المختصة أن تفرق بين المحبوس على ذمة التحقيق والمحاكمة، وبين السجين المحكوم عليه في عقوبة جنائية.

وقد تضمنت مجموعة القواعد النموذجية الدنيا المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من اشكال الاحتجاز، او السجن الصادر عن الأمم المتحدة جملة من الإجراءات واجبة الإتباع إزاء المتهمين، حيث أكدت تلك المبادئ على ضرورة ان يتمتع المحبوسون احتياطياً بنظام معاملة خاص تختلف عن تلك التي

---

(1) انظر دليل المحاكمات العادلة ، مرجع سابق.

(2) المرجع السابق نفسه.

(3) المرجع السابق.

تتعلق بالمسجونين .

وتحدد القواعد من ٨٦ إلى ٩٣ العناصر الأساسية لمعاملة الشخص المحبوس احتياطيا وذلك على النحو التالي[1] :

١- .يوضع المتهمون في غرف نوم فردية، ولكن رهنا بمراعاة العادات المحلية المختلفة تبعا للمناخ .

٢- للمتهمين -إذا رغبوا في ذلك- في الحدود المتفقة مع حسن سير النظام في المؤسسة، أن يأكلوا ما يريدون على نفقتهم. وأن يحصلوا على طعامهم من الخارج. إما بواسطة الإدارة، أو بواسطة أسرتهم أو أصدقائهم. فإذا لم يطلبوا ذلك كان على الإدارة أن تتكفل بإطعامهم .

٣-يسمح للمتهم بارتداء ثيابه الخاصة إذا كانت نظيفة ولائقة. أما إذا ارتدى ثياب السجن، فيجب أن تكون هذه مختلفة عن اللباس الموحد الذي يرتديه المحكوم عليهم .

٤-يجب دائما أن يعطى المتهم فرصة للعمل، ولكن لا يجوز إجباره عليه. فإذا اختار العمل وجب أن يؤجر عليه .

٥- يرخص لكل متهم، بأن يحصل على نفقته، أو نفقة آخرين، وفي الحدود المتفقة مع إقامة العدل ومع أمن السجن وانتظام إدارته، على ما يشاء من الكتب والصحف وأدوات الكتابة وغيرها من وسائل قضاء الوقت .

٦- يرخص للمتهم بأن يزوره ويعالجه طبيبه الخاص، إذا كان لطلبه مبرر معقول وكان قادرا على دفع النفقات المستحقة .

٧- يرخص للمتهم بأن يقوم فوراً بإبلاغ أسرته نبأ احتجازه، ويعطى كل التسهيلات المعقولة للاتصال بأسرته وأصدقائه وباستقبالهم، دون أن يكون ذلك مرهونا بالقيود والرقابة الضرورية لصالح إقامة العدل وأمن السجن وانتظام إدارته .

٨- يرخص للمتهم، بغية الدفاع عن نفسه، بأن يطلب تسمية محام تعينه المحكمة مجانا حين ينص القانون على هذه الإمكانية، وبأن يتلقى زيارات محاميه إعداداً لدفاعه، وأن يسلمه تعليمات سرية. وعلى هذا القصد يحق له أن يعطى أدوات للكتابة إذا طلب ذلك ، ويجوز أن تتم المقابلات بين المتهم ومحاميه تحت نظر الشرطي

([1])المرجع السابق نفسه.

او موظف السجن، ولكن دون ان يتمكن احد من سماع ما يدور بينهما.

ويؤخذ على تلك المبادئ انها لم تتضمن بنداً يكفل للشخص الموقوف مؤقتاً حق ممارسة الشعائر الدينية على الوجه الذي يتفق مع ديانته.

ولا ابالغ إذا قلت: إن هذه المعايير الدولية تمثل مصدراً من مصادر الحماية الجنائية لأصل البراءة في المتهم، خصوصا في الدول التي صادقت على تلك المعاهدات واصبحت واجبة التطبيق، ولها قوة القانون، كما في مصر بموجب المادة ١٥١ من الدستور المصري، وكما فعل المشرع اليمني حينما نص في صلب الدستور اليمني على العمل بميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان .. وقواعد القانون الدولي المعترف بها بصورة عامة[1] .

المبحث الرابع

الحق في جبر الضرر الناشئ عن الحبس التعسفي أو غير المبرر

سبق القول بأن الحبس الاحتياطي يمثل إجراءاً استثنائياً، فرضه منطق التوازن بين الحقوق والحريات، وبين المصلحة العامة المتمثلة في حسن سير العدالة.

وليس بخاف أنه في سبيل المصلحة العامة، دفع الشخص المحبوس ضريبة الوصول إلى الحقيقة، من حريته وسمعته ووقته وماله. فهو في نظر بعض أفراد المجتمع مذنب، وهو بصدد دفع تلك الضريبة الاجتماعية، لا يخرج الأمر عن فرضين:

الفرض الأول: أن ينتهي التحقيق بصدور حكم قضائي يدين الشخص، وفي هذه الحالة يصبح الحبس الاحتياطي صحيحاً ومبرراً.

والفرض الثاني: ان التحقيق انتهى دون ان تثبت عليه التهمة، وصدر أمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى، او صدر حكم ببراءته، أو بعدم المسئولية، وفي هذه الحالة يثار الأمر بشان جبر الضرر الذي لحق بالشخص جراء تعرضه للحبس الاحتياطي.

ويتخذ الحق في جبر الضرر عدة صور، فهو يشمل التعويض المادي، ورد الاعتبار والترضية، وضمان عدم التكرار.

ويعد التعويض المادي للشخص المضرور هو الوسيلة الأكثر فاعلية لجبر الضرر.

---

(1) انظر المادة ٦ من الدستور اليمني.

ونظراً لأهمية هذا الضمان، فسوف نستعرض موقف التشريعات المقارنة منه وذلك على النحو التالي:

أولاً : الحق في جبر الضرر في المواثيق الدولية :

لا غرو ان حق الشخص في جبر الضرر الناشئ عن حبسه احتياطيا بشكل غير مبرر، اكدته المواثيق والمعاهدات الدولية[1]، إذ نصت المادة ٥/٩ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بأنه: "لكل شخص كان ضحية توقيف، او اعتقال غير مبرر حق في الحصول على تعويض." [2]

وجاء في المبدأ ١/٣٥ من مجموعة المبادئ: " **يُعوّض الموقوف**، وفقاً للقواعد المطبقة بشأن المسئولية، والمنصوص عليها في القانون المحلي، عن الضرر الناتج عن افعال الموظف عام تتنافى مع الحقوق الواردة في هذه المبادئ او عن امتناعه عن افعال يتنافى امتناعه عنها مع هذه الحقوق." [3]

ونصت الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان في المادة ٥/٥ على انه "لكل شخص كان ضحية توقيف، أو احتجاز دون وجه حق، له حق في جبر الضرر الذي حاق به جراء

([1])الحبس الاحتياطي المشروع قانوناً، قد يغدوا من منظور المعايير الدولية حبسا تعسفياً، ومثال ذلك: غموض نصوص القانون التي احتجز بموجبها، او إفراطها في العمومية.وكذلك يدخل في وصف الحبس بانه تعسفيا، في حالة القبض القانوني على الشخص ويحتجز، ثم تأمر سلطة قضائية بالإفراج عنه، ولا يفرج عنه، يعتبر ايضا حبسه ضرباً من ضروب التعسف.

وقد اوضحت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان ان مصطلح "التعسف" الوارد في المادة ١/٩ لا يجب ان يساوى فقط بالحبس "المنافي للقانون". ولكن يجب التوسع في تفسيره لكي يشمل العناصر التي تجعله "غير ملائم او يفتقر إلى العدالة او لا يمكن التنبؤ به".-

- وعندما تفحص المحكمة الأوروبية مشروعية إحدى حالات الاحتجاز، تبحث ما إذا كانت هذه الحالة تتفق مع القواعد الأساسية والإجرائية وما إذا كانت تنطوي على لون من التعسف.

وحددت اللجنة الأمريكية الدولية ثلاثة أشكال للحبس التعسفي-حتى إن نفذ بصورة تتفق مع أحكام القانون- وهي فيما يلي: ١- الحبس خارج نطاق القانون (أي الحبس دون أساس قانوني، بما في ذلك أوامر الاحتجاز الصادرة عن السلطات التنفيذية أو عمليات الاحتجاز التي تنفذها الجماعات شبه العسكرية برضاً او قبول من قوات الأمن.) ٢- الاحتجاز الذي ينتهك أحكام القانون. ٣- الاحتجاز الذي يمثل لوناً من إساءة استغلال السلطة. انظر: المادة ٩ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة ١/٩ من العهد الدولي والمادة ٢٥ من الإعلان الأمريكي، والمادة ٢/٧ و٣/٧ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان. والمادة ١/٥ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ، والمادة ١/٥٥ من القانون الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

([2]) دليل المحاكمات العادلة، مرجع سابق.

([3]) انظر: "مجموعة المبادئ التي اعتمدتها الجمعية العامة بشأن سبل معاملة السجناء والمحتجزين، مرجع سابق .

ذلك"[١].

وينطبق الحق في جبر الأضرار على الأشخاص الذين انتهك توقيفهم للقوانين او الإجراءات الوطنية، او المعايير الدولية، او كلا الاثنين. والإجراءات اللازمة لممارسة هذا الحق غير محددة. وكثيراً ما يمارسها الأفراد من خلال رفع دعاوى ضد الدولة او الهيئة، او الشخص المسئول عن توقيفهم دون وجه حق[٢].

ثانياً : الحق في جبر الضرر في القانون الفرنسي:

اقر المشرع الفرنسي للشخص المضرور الحق في مطالبة الدولة بالتعويض التام[٣] عن الضرر الأدبي والمادي الناجم عن الحبس الاحتياطي، وذلك إذا انتهت الإجراءات بصدور قرار بأن لا وجه لإقامة الدعوى، او الحكم التام ببراءته. واخضع القانون حق التعويض لشروط لابد من توافرها حتى يستطيع الشخص الذي تم توقيفه الحصول على تعويض وقد اوردتها المادة ١٤٩ وفقا لآخر التعديلات[٤]. وتتمثل تلك الشروط في

---

(١)Article 5/ 5: Convention européenne des Droits de l'Homme: " Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation.

(٢) دليل المحاكمات العادلة ، مرجع سابق.

(٣) وقد اقر حق الفرد بمطالبة الدولة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن قرارات التوقيف المؤقت، إذا انتهت سلطة التحقيق إلى أنه لا وجه لإقامة الدعوى، او قضت المحكمة بالبراءة بموجب قانون ١٧ يوليو سنة ١٩٧٠ ثم اعيد التاكيد عليه بشكل اوسع في قانون تدعيم قرينة البراءة لسنة٢٠٠٠ . انظر : François Sarda - " Les Responsabilités des juridictions les fautes de la justice " -1er. 1999. P14. ETC.Que sais-je-? Paris

(٤)Article 149: (Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 art. 1 Journal Officiel du 19 juillet 1970 en vigueur le 1er janvier 1971)(Loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996 art. 9 Journal Officiel du 1er janvier 1997 en vigueur le 31 mars 1997)(Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 70 Journal Officiel du 16 juin 2000)(Loi n° 2000-1354 du 30 décembre 2000 art. 1, 2, 3 et 7 Journal Officiel du 31 décembre 2000) (Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 art. 103 Journal Officiel du 10 mars 2004).

"Sans préjudice de l'application des dispositions des deuxième et troisième alinéas de l'article L. 781-1 du code de l'organisation judiciaire, la personne qui a fait l'objet d'une détention provisoire au cours d'une procédure terminée à son égard par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement devenue définitive a droit, à sa demande, à réparation intégrale du préjudice moral et matériel que lui a causé cette détention. Toutefois, aucune réparation n'est due lorsque cette décision a pour seul fondement la reconnaissance de son irresponsabilité au sens de l'article 122-1 du code pénal, une amnistie postérieure à la mise en détention provisoire, ou la prescription de l'action publique intervenue après la libération de la personne, lorsque la personne était dans le même temps détenue pour une autre =

الآتي:

الشرط الأول: ان يكون طلب التعويض صادراً من الشخص الذي خضع للتوقيف المؤقت، وانتهت الدعوى بأن لا وجه لإقامة الدعوى، او صدور حكم بات بالبراءة، او بعدم المسئولية، إلا في حالة انعدام المسئولية بسبب الجنون، فلا يستحق التعويض. وكذلك لا يستحق التعويض، إذا انقضت الدعوى بالعفو العام من العقاب، او إذا اقر بارتكاب الجريمة بقصد التستر على مرتكبها الحقيقي حتى يفلت من العقاب.

ولكن هناك تساؤل يثار بشأن حالة صدور حكم بالبراءة في بعض الوقائع، والإدانة عن البعض الآخر، فهل حكم البراءة في تلك الوقائع يعطي للمتهم الحق في المطالبة بالتعويض؟

وللإجابة عن ذلك، يمكن القول بأن اللجنة الوطنية للتعويض عن الحبس الاحتياطي، كانت تقضي برفض التعويض في حالة الإدانة عن بعض الوقائع والبراءة عن البعض الآخر[1]. بيد انها عدلت من قرارها، واجازت التعويض في مثل هذه الحالة. وكان اول قرار صادر عن اللجنة في ١٣ اكتوبر سنة ٢٠٠٠[2]. في واقعة من الوقائع وتتلخص في: " ان شخصاً تم وضعه رهن الحبس الاحتياطي، بتهمة تزعمه لعصابة إجرامية، والتحضير للقيام بعمل إرهابي، ولكن صدر حكم بمعاقبته بالسجن لمدة اربعة اشهر عن جريمة الإقامة غير المشروعة". وقد قضت اللجنة المعنية، بأن هذا الجرم، اي الإقامة غير المشروعة، لم يكن يشكل وحده مبرراً لتوقيف المتهم. ومن ثم قررت اللجنة حق المتهم في التعويض عن التوقيف المترتب على جريمة الشروع في القيام بعمل إرهابي[3].

=cause, ou lorsque la personne a fait l'objet d'une détention provisoire pour s'être librement et volontairement accusée ou laissé accuser à tort en vue de faire échapper l'auteur des faits aux poursuites. A la demande de l'intéressé, le préjudice est évalué par expertise contradictoire réalisée dans les conditions des articles 156 et suivants".

" Lorsque la décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement lui est notifiée, la personne est avisée de son droit de demander réparation, ainsi que des dispositions des articles 149-1 à 149-3 (premier alinéa)".

(1)" Les critères de calcul de l'indemnité dans la jurisprudence de l'ancienne Commission de l'indemnisation des détentions provisoires".

(2)Cette distinction résulte notamment d'une décision en date du 13 octobre 2000 (n° 99 IDP 148.

(3)Bulletin Officiel du Ministère de la Justice Circulaires de la direction des affaires criminelles et des grâces Signalisation des circulaires du 1er avril au 30 juin 2003 n°90 .http://www.justice.gouv.fr/actua/bo/dacg90c.htmA

الشرط الثاني: ان ينجم عن الحبس الاحتياطي ضرراً يلحق الشخص، سواء كان ضرراً مادياً، او ادبياً، بمعنى ان تكون هناك علاقة سببية ما بين الضرر والحبس ويخضع ذلك لتقدير السلطة المختصة في التعويض، و لرئيس اول محكمة الاستئناف. وقرارها يخضع للطعن امام اللجنة الوطنية للتعويض عن التوقيفات[1] "Commission nationale de réparation des détentions".

وتطبيقا لذلك، قضت اللجنة برفض طلب التعويض في الحالات التي يكون فيها الضرر قد ترتب على إحدى الإجراءات القسرية الأخرى غير الحبس، أو إذا كان الشخص هو الذي تسبب في إصدار امر بتوقيفه نتيجة عدم احترامه للالتزامات التي قررها قاضي التحقيق، مما ترتب على هذا الإخلال توقيفه مؤقتا[2]

الشرط الثالث: ان يبنى طلب التعويض على الحبس الاحتياطي تحديداً. وبالتالي لا يجوز المطالبة بالتعويض فيما لو كان التوقيف قد تم على إثر قيام دولة اجنبية بطلب تسليم احد المتهمين الأجانب لمحاكمته بدولته عن جريمة ما[3].

وفي المقابل اقرت اللجنة المعنية بالتعويض، بأن التوقيف المترتب على قيام فرنسا بتقديم طلب إلى دولة اجنبية بتسليم احد المتهمين، تعتبر هذه الفترة جزءاً من الحبس الاحتياطي يعطي الحق في التعويض[4].

الشرط الرابع: أن يكون هناك ضرر مادي ومعنوي قد ترتب عن الحبس. ولم يحدد المشرع مقدار، او جسامة الضرر. وإنما قرر منحه التعويض لإصلاح ضرر لحق الشخص المعني بسبب توقيفه.

غير ان اللجنة المعنية بالتعويض، اشترطت فيما يتعلق بالضرر المادي، إثبات توافر هذا الضرر، وانه نتيجة طبيعية للتوقيف المؤقت. وتطبيقاً لذلك قضت بجواز

---

(1) انظر حول السلطة المختصة بنظر طلب التعويض في نصوص المواد من ١٤٩-١ إلى ١٤٩-٣ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي وفقا لأخر التعديلات.

(2) décision du 2 Nov. 2000 (Requête n° 99 IDP 142 du 2/11/2000) et décision du17 Août 2000, (Requête n° 97 IDP 183 du 17/8/2000)
http://www.justice.gouv.fr/actua/bo/dacg90c.htm

(3) décision du 5Oct. 2000 (Requête n° 98 IDP 072 du 5/10/2000).

(4) décision du 17 Aout. 2000 (Requête n° 99 IDP 195 du 17/8/2000)

التعويض عن فصل المتهم، طالما ان هذا الفصل كان نتيجة الحبس الاحتياطي[1].

وعلى العكس من ذلك،رفضت اللجنة طلب التعويض عن الضرر المادي المترتب عن الإغلاق الإداري لأحد المقاهي، التي يديرها المتهم في جريمة الاتجار بالمخدرات، حيث اعتبرت ان هذا الضرر لم يكن مترتبا على الحبس الاحتياطي، وإنما نتيجة العلاقات المشبوهة داخل المحل[2].

واما ما يتعلق بالتعويض الناتج عن الضرر الأدبي، فقد قدرت اللجنة من حيث المبدأ أن التوقيف يعد في ذاته مسببا للضرر الأدبي. وكل ما هنالك، ان مقدار التعويض، يتوقف بالدرجة الأولى على مقدار الخلل في سير العدالة، أو ما نجم عن التوقيف من تعذيب، وظهرت آثاره على الشخص. فهذه إجراءات مخلة تزيد من مقدار التعويض[3].

والجدير بالذكر، أن التعويض في القانون الفرنسي حق للشخص، أوجبه قانون الإجراءات الجنائية، وفقا للتعديلات الأخيرة، وليس مجرد مسألة جوازية. ولا أدل على ذلك من أن القانون اوجب تنبيه الشخص المعني عند تبليغه قرار الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى، أو الحكم بالبراءة، أو عدم المسئولية، بأن له الحق في طلب التعويض[4].

وما اود قوله ايضا: إن هذا الحق الذي كرسه القانون الجديد يختلف عن دعوى المخاصمة التي نص عليها المشرع الفرنسي في المادة ٩١ من قانون الإجراءات الجنائية(في صياغتها الجديدة)[5]. أو دعوى المخاصمة التي نص عليها المشرع المصري في المادة ٤٩٤

---

(1)décision du 2 Nov. 2000 (Requête n°99 - IDP 157 du 2/11/2000).

(2)décision du 6 Juillet 2000 (Requête n° 99 IDP 029 du 6/8/2000).

(3)décision du 17 Août.2000 (Requête n° 99 IDP 172 du 17/8/2000)

(4)Florence MASSIAS:" CHRONIQUE INTERNATIONALE", R.S.C.N°2, avr.-juin 2002 P418.

(5) ويتلخص نص الفقرة الأولى من المادة ٩١ بأنه بعد صدور قرار بالإفراج عن الشخص المدعى عليه وبأن لا وجه لإقامة الدعوى يستطيع الشخص المتهم، وكلٌ من استهدفتهم الشكوى وبدون الإضرار بحقهم في رفع دعوى بلاغ كاذب على المدعي عن طريق دعوى مدنية ، يمكن لهؤلاء إذا لم يسلكوا الطريق المدني، ان يقيموا دعوى على المدعي لمطالبته بالتعويضات عن الأضرار التي لحقت بهم من جراء ذلك.

Article 91: du Code de procédure pénale:(Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 123 et 224 Journal Officiel du 5 janvier 1993 en vigueur le 1er mars 1993)(Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 87 Journal Officiel du 16 juin 2000):

Quand, après une information ouverte sur constitution de partie civile, une décision de non-lieu a été rendue, la personne mise en examen et toutes personnes *visées dans la plainte*, et sans *préjudice d'une poursuite pour dénonciation* calomnieuse, peuvent, si elles n'usent de la voie civile, demander des dommages-

من قانون للمرافعات المدنية والتجارية[1].

ومن صور جبر الضرر الذي نص عليها المشرع الفرنسي -إلى جانب التعويض المادي- نشر بيان للجمهور، حيث نص في المادة ١٧٧-١[2] على انه " يجوز لقاضي التحقيق -بناء على طلب الشخص المعني او من تلقاء نفسه، او بناء على طلب مدعي الجمهورية، ان ينشر الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجنائية كاملاً، او جزئياً او بنشر بيان يُعلم الجمهور بمنطوق هذا القرار واسبابه، في واحدة. او اكثر من الصحف المكتوبة الدورية، أو وسائل الإعلام المسموعة المرئية، او عبر شبكات الانترنت المختصة[3].

ويتشابه هذا النشر مع ذلك الذي يتخذ وفقا للمادة ٩-١ من القانون المدني الفرنسي[4].

---

intérêts au plaignant dans les formes indiquées ci-après.

(1) حول نظام المخاصمة انظر : الدكتور انور رسلان : " وسيط القضاء الإداري " ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ ، ص٦١٢.

(2)Article 177-1 du Code de procédure pénale:(Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 48 Journal Officiel du 5 janvier 1993 en vigueur le 1er mars 1993)(Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 art. 36 Journal Officiel du 25 août 1993 en vigueur le 2 septembre 1993)(Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 96 Journal Officiel du 16 juin 2000)(Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 art. 2 IV Journal Officiel du 22 juin 2004)

Le juge d'instruction peut ordonner, sur la demande de la personne concernée, ou, avec l'accord de cette personne, d'office ou à la demande du ministère public soit la publication intégrale ou partielle de sa décision de non-lieu, soit l'insertion d'un communiqué informant le public des motifs et du dispositif de celle-ci, dans un ou plusieurs journaux, écrits périodiques ou services de communication au public par voie électronique qu'il désigne.

Il détermine, le cas échéant, les extraits de la décision qui doivent être publiés ou fixe les termes du communiqué à insérer.

Si le juge ne fait pas droit à la demande de la personne concernée, il doit rendre une ordonnance motivée, qui est susceptible d'appel devant la chambre de l'instruction.

(3) Gaétan DI MARINO: " Du Code de procédure pénale VERSION 1958 AU Code de procédure pénale VERSION 2000, Rev. pénit. droit pénal,CUJAS,N° 1,Avril 2000,96 et 97.

(4) ويرى بعض الفقه انه هناك اختلافا جوهرياً بين صدور النشر وفقا للمادة ١٧٧-١ والمادة ٩-١ من القانون المدني وذلك من عدة وجوه، فهو يرى ان هناك فرقا مبدئيا هاما من حيث مدى ارتباط النشر بضرورة صدور الأمر بالا وجه لإقامة الدعوى فهذا الإجراء الذي نص عليه قانون الإجراءات الجنائية ليس نابعا - من وجهة نظر هذا الراي — من مبدا قرينة البراءة -على حد تسميته- ولا يعد من وسائل إعماله ولا يعد من وسائل وقف الاعتداء عليها ، ولكنه إجراء مترتب على القرار الصادر بتبرئة للتهم ، ومن هنا فلا يعد هذا النشر وسيلة لإيقاف الاعتداء على أصل البراءة ، لأن البراءة هنا لم تعد مجرد قرينة بل حقيقة ثابتة . كما يري ان النشر وفقا للمادة ٩-١ يحمي قرينة البراءة غير المتيقنة في المستقبل لأن إدانته ليست متيقنة هي الأخرى ، ومن ثم جاز لنا القول بأن الحماية الوقائية هي الغالبة على نص المادة

ثالثاً : الحق في جبر الضرر في القانون المصري:

لم نجد في التشريع المصري نصاً - صريحاً- يمنح الشخص الذي وضع رهن الحبس الاحتياطي، وصدر في حقه قرار بأن لا وجه لإقامة الدعوى، أو حكم بالبراءة أو بعدم المسئولية الحق في التعويض عما لحقه من أضرار مادية أو أدبية جراء الحبس الاحتياطي.

ويرجع الفقه ذلك إلى أن التشريع المصري لم يقر بمسئولية الدولة عن أعمال رجال السلطة القضائية، ولذلك كانت المسئولية الشخصية هي السبيل لجبر الضرر الناتج عن أعمال رجال القضاء . ونظمت تلك المسئولية من خلال دعوى المخاصمة التي تطبق على القضاة، وأعضاء النيابة العامة[1] .

ويرى بعض الفقه[2] . أنه وإن كان النظام القانوني لم ينص صراحة على مسئولية الدولة مدنيا عن الأضرار التي تلحق الشخص المضرور من جراء الحبس الاحتياطي، إذا تقرر بأن لا وجه لإقامة الدعوى، أو حكم ببراءته، فإن روح الدستور تقرر مثل هذا الحق، وذلك حين قرر مسئولية الدولة عن التعويض بشكل عام في المادة ٥٧ منه، والتي تنص على أن" تكفل الدولة تعويضاً عادلاً لمن وقع اعتداء على حريته الشخصية. أو حرمة حياته الخاصة"، كون النص استخدم لفظ الدولة ولم

- ٩-١ من التقنين المدني . أما النشر وفقا لتقنين الإجراءات الجنائية فيتم بصدد براءة متيقنة وليس براءة محتملة أو قرينة براءة . ومن ثم يتضح أن الحماية التي يحققها النشر وفقا للمادة ٩-١ هي حماية أكثر قوة وسرعة وفعالية باعتبارها ذات طابع وقائي . أما حماية قانون الإجراءات الجنائية فلا تستند لمجرد قرينة البراءة بل لبراءة متيقنة . ومن ثم فلا يمكن أن تتخذ إلا بعد أن تثبت البراءة بصدور الأمر بأن لا وجه وهو ما قد يستغرق فترة طويلة، حيث يجب الانتظار حتى الانتهاء من التحقيق ، بعكس حماية المادة ٩-١ التي دون انتظار لانتهاء التحقيق وصدور مثل هذا الأمر. كما أن نص المادة ٩-١ بعد تعديلها في ١٥ يونيه ٢٠٠٠ اتسع نطاق الحماية المقررة فيها مقارنة بنص قانون الإجراءات الجنائية، وذلك من ناحية الإجراءات التي يجوز اتخاذها ، حيث لا تشمل الإجراءات التي نص عليها التقنين الإجرائي سوى نشر الأمر بأن لا وجه أو البيان الخاص به على النحو المذكور . أما المادة ٩-١ فتنص في صياغتها الحالية على جواز اتخاذ القاضي لأي إجراء بهدف وقف الاعتداء على قرينة البراءة. انظر : أسامة أبو الحسن مجاهد: " الحماية المدنية للحق في قرينة البراءة، مرجع سابق، ص١٣٩ وما بعدها.

(1) وتنحصر أسباب المخاصمة في القانون المصري وفقا للمادة ٤٩٤ مرافعات في حالة الغش والتدليس والغدر والخطأ المهني الجسيم، والامتناع عن الفصل في القضية أو التأخير فيها. وكل حالة أخرى ينص فيها المشرع على مخاصمة القاضي أو الحكم عليه بالتعويض. ويقصد بالغدر، والغش، والتدليس، الانحراف عن العدالة عمدا وبسوء نية بدافع الحصول على منفعة شخصية للقاضي أو عضو النيابة أو لإيثار بعض الخصوم أو الانتقام منهم. انظر : الدكتور أنور رسلان : " وسيط القضاء الإداري " ، مرجع سابق ، ص٦١٢.

(2) الدكتور هلالي عبد اللاه أحمد: " المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي ..."، مرجع سابق، ص٧٧٨ .

يستخدم لفظ القانون مما يعني- في نظر هذا الفقه- ان الدولة ذاتها بوصفها شخصاً معنوياً، تكفل تعويض المواطنين عما يقع من موظفي السلطة التنفيذية، وايضا ما يقع من موظفي السلطة القضائية.

وبحسب ما ذهب إليه بعض الفقه المصري[1]، فإن القواعد العامة في الدستور والقانون والتي تتعلق بحماية الحقوق والحريات الشخصية، لا تحول دون تقرير الحق للشخص الذي صدر قرار بأن لا وجه لإقامة الدعوى، أو الحكم ببراءته، في الحصول على التعويض عن الأضرار المادية والأدبية الناجمة من جراء حبسه احتياطياً.

رابعاً: الحق في جبر الضرر في القانون اليمني:

نصت المادة ٤٨ من الدستور اليمني على الأثر المترتب على مخالفة قواعد القبض او الاحتجاز، او الحبس الاحتياطي. فنصت الفقرة " هـ " على أن ".. يحدد القانون التعويض المناسب عن الإضرار التي قد تلحق بالشخص من جراء المخالفة...".

وبالرغم من وجود النص الدستوري، فإنه حتى الآن لم يصدر قانون ينظم الحق في جبر الضرر الناجم عن الحبس الاحتياطي في حال صدور امر بأن لا وجه لإقامة الدعوى، او في حال الحكم بالبراءة. وهو ما يتطلب إصلاح تشريعي بإضافة نصوص تكفل الحق في التعويض ووضع الضوابط المناسبة لذلك.

ومع ذلك ليس هناك ما يمنع في القانون اليمني من إقامة دعوى تعويض على الدولة باعتبارها مسئولة مدنياً عن الأضرار الناتجة عن قيام احد عمالها او موظفيها بتقييد الحرية، سواء بواسطة القبض، أو الحبس الاحتياطي[2]، وذلك إذا

---

(1) انظر: الدكتور عبد الرءوف مهدي: " شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية "، مرجع سابق، ص٣٩٧. الدكتور هلالي عبد اللاه احمد: " المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي .."، مرجع سابق، ص٧٧٨. الدكتور غنام محمد غنام: " المضرور من الحبس الاحتياطي التعسفي وحقه في التعويض "، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثلاثون، العدد الثاني، إبريل- يونيو سنة ١٩٨٦، ص٩٣.

(2) ما يلزم الإشارة إليه ان الدولة في نظر قانون الإجراءات الجزائية اليمني شخص من الأشخاص ويشمل " الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين والشركات والجمعيات او مجموعة من الأشخاص ولو لم تكن لهم شخصية اعتبارية (المادة الثانية أ.ج.ي) . والمعلوم أن الدولة كشخص اعتباري تخضع للقانون الذي يخضع له جميع الأشخاص. إضافة إلي ذلك نظر قانون الإجراءات الجزائية اليمني إلى الدولة من منظور الأشخاص الطبيعيين وشملها في معنى للوظف العام عندما نص على أن المقصود بالوظف العام " القائمون بأعباء السلطة العامة والعاملون في الدولة والمؤسسات التابعة لها ورجال السلطة القضائية وأفراد القوات المسلحة والأمن ..(م ٢ أ.ج.ي). وتتمثل الدولة كاملة في هؤلاء الأشخاص مجتمعين ومتفرقين، فإذا نظرنا إلى الدولة كشخص اعتباري عام او شخص طبيعي يمارس عمل من اعمالها فإن هذا الشخص -

قامت بأعمال تخالف ما جاء في الدستور. وقانون الإجراءات الجزائية من ضمانات تحمي الحرية الشخصية"[1]..

وندعو بضرورة وضع نص تشريعي، في القانونين المصري و اليمني ينظم فيه حق الشخص المضرور من الحبس الاحتياطي في التعويض، إذا صدر قرار بأن لا وجه لإقامة الدعوى، أو قضي ببراءته. وذلك على غرار ما فعله المشرع الفرنسي عندما منح الشخص المضرور حق مطالبة الدولة في التعويض عن الحبس الاحتياطي، متى صدر قرار بأن لا وجه لإقامة الدعوي، أو حكم ببراءته.

- يصح ان يكون مدعيا بالحقوق المدنية والجنائية ويصح أن يكون مسئولا عنها. ووفقا لقانون الإجراءات الجزائية، فإن المقصود بالمدعي بالحق المدني " الشخص الذي لحقه ضرر ماديا كان أم معنويا أما المسئول عن الحق المدني فهو الشخص المسئول عن دفع مبلغ التعويض المحكوم به من قبل المحكمة تعويضا لمن لحقه الضرر. وبهذا المفهوم إذا كانت الدولة تصلح لأن تكون مدعية أو مدعى عليها، فإن التزامها بالقانون وخضوعها له يبتعد بها عن المساءلة والمسئولية وعلى العكس من ذلك إذا تنكبت سلطتها عن جادة الصواب وخالفت القانون فإنها تكون عرضة للمسئولية.

انظر تفصيلا في مسئولية الدولة عن التعويض: د.مقبل أحمد بن أحمد العمري :" مسئولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية في النظام الإسلامي- دراسة مقارنة مع التطبيق على النظام القانوني في الجمهورية اليمنية- دار النهضة العربية، ٢٠٠٢ ، ص٥٥٨ وما بعدها.

[1] وهناك جملة من المبادئ التي نص عليها الدستور وقانون الإجراءات الجزائية تجعل الدولة مسئولة عن الضرر الذي قد يلحق بالشخص من جراء الخروج غير المبرر عن مقتضيات تلك المبادئ ويأتي أصل البراءة و حماية الحرية الشخصية في مقدمة تلك المبادئ وقد بيناها سابقاً.

الفصل الثالث

الجزاءات المترتبة عند الإخلال بضمانات المساس بالحرية

تمهيد وتقسيم:

سبق القول بأن التوازن بين حماية الحقوق والحريات الفردية، وحق المجتمع في كشف الجريمة وإنزال العقاب بمرتكبها، يقتضي ان يكون كل إجراء جنائي يسمح به القانون محاطاً بسياج من القيود. والضمانات التي تكفل احترام الحق في أصل البراءة، كونه الأساس لحماية الحرية الشخصية، وبالتالي فإن اي إجراء جنائي يتخذ خارج ما رسمه الدستور والقانون من ضمانات، يعد تعدياً وانتهاكاً للشرعية الدستورية في الإجراءات الجنائية التي ترتكز على أصل البراءة.ويوصم الفعل بعدم المشروعية[1].

ولا شك، إنه لكي تحترم الضمانات التي تحمي أصل البراءة -كونه الأساس لحماية الحرية الشخصية- عند اتخاذ الإجراءات الجنائية الماسة بالحرية الشخصية، فلا بد أن تكون محاطة بقوة قانونية ملزمة يترتب عند الخروج على مقتضاها توقيع جزاء يكفل لها الاحترام[2].

ولذلك، يترتب على المساس غير المشروع بالحقوق والحريات من قبل ممثلي السلطة بطلان الإجراء المخالف من ناحية، ومن ناحية أخرى قد يقوم بسببه مسئولية تأديبية، او جنائية تقع على عاتق من قام بتنفيذه، او امر به، بالإضافة إلى نشوء حق في التعويض لصالح من انتهكت حقوقه وحرياته.

ولا حديث لأصل البراءة ما لم تتوفر حماية جنائية فعالة تضمن عدم الخروج على ما رسمته المواثيق الدولية ذات القوة الملزمة والدساتير المحلية من ضمانات تحقق مقتضاه، واولها ضمانات الحرية الشخصية.

---

(1) انظر، استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور، "الحماية الدستورية للحقوق والحريات"، مرجع سابق، ص ٤٦٢ وما بعدها.

(2) انظر تفصيلاً : الدكتور عبد الفتاح مصطفى الصيفي، " القاعدة الجنائية دراسة تحليلية، الشركة الشرقية للنشر والتوزيع -بيروت- بدون تاريخ، ص ٣٨ وما بعدها. الدكتور عصام عفيفي حسيني عبد البصير، " تجزئة القاعدة الجنائية" رسالة دكتوراه جامعة عين شمس، ٢٠٠٢، ص٣٠ وما بعدها.

وينبغي التنويه إلى أن دراستنا في هذا الفصل سوف تنصب على الجزاءات المترتبة على مخالفة الضمانات التي تحمى الحرية الشخصية وبالأخص الحق في الغدو والرواح التي تناولنها في الفصلين السابقين.

ونقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث نتناول في المبحث الأول : الجزاءات الإجرائية. وفي المبحث الثاني: نخصصه للجزاءات الجنائية والتأديبية. وفي المبحث الثالث: نتطرق للجزاءات المدنية .

وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول

الجزاءات الإجرائية

تمهيد وتقسيم :

يعتبر الجزاء الإجرائي وسيلة الرقابة القضائية على الإجراءات الجنائية، وهو أكثر الجزاءات فاعلية، كنتيجة مترتبة على مخالفة الضمانات التي نص عليها الدستور والقانون، وفي مقدمتها الضمانات التي تحمي الحرية الشخصية. ويتخذ الجزاء الإجرائي صورة البطلان[1] .

والبطلان وفقاً لذلك يمس العمل، أو الإجراء الذي انتهك الضمانات الدستورية عملاً بالقاعدة الأصولية التي تقضي بأنه ما بني على باطل فهو باطل[2] .

وسوف نتناول البطلان كجزاء إجرائي يترتب على مخالفة الضمانات التي تحمي الحرية الشخصية، في التشريعات المقارنة، بعد أن نتناول في مطلب أول حالات البطلان.وذلك على النحو التالي:

---

(1) انظر، تفصيلاً، استاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور في مؤلفاته، " نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية" القاهرة، ١٩٥٩. الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية" مرجع سابق، ص٣٦٤ وما بعدها. الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص٧٥٥. القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، ص٤٦٨. النقض الجنائي، دار الشروق، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٣م، ص٢٠٧ وما بعدها.

(2) انظر : الدكتور إدريس عبد الجواد عبد الله بريك " ضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال" ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ٢٠٠٥، ص٦٥٥.

المطلب الأول

بطلان الإجراءات

ينبغي الإشارة إلى أن تقويم مدى مشروعية الإجراءات الجنائية، يتطلب التحقق من الغاية النهائية التي يحميها الدستور. وهذه الغاية تتوقف على التناسب المنطقي بين الحقوق والحريات التي تحميها القاعدة الإجرائية، وبين تحقيق المصلحة العامة المتوخاة من هذا الإجراء[1].

ويحكم هذا التناسب نوعان من السياسات الإجرائية هما:

النوع الأول من السياسات الإجرائية: يرى التوسع في أسباب البطلان، تحيزاً لجانب المصلحة المحمية بالقواعد الإجرائية. على أساس أن هذه القواعد يتعين على القاضي مراقبة سلامة تطبيقها. مما يتعين معه الحكم بالبطلان، لأن العدالة لا تستحق أن تحمل شرف اسمها، إلا باحترام نصوص القانون[2].

النوع الثاني من السياسات الإجرائية: يرى التوسع في أسباب البطلان يضر بالمصلحة العامة الجنائية في مواجهة ازدياد الإجرام، مما يتعين معه تقييد هذه الأسباب في ضوء ما يستخلصه القانون، أو القاضي من مخالفة جوهرية للقواعد الإجرائية الجنائية[3].

وفي إطار هذين النوعين ظهرت أربعة مذاهب قانونية في تحديد أسباب البطلان نوردها بصفة موجزة على النحو التالي:

أولاً: مذهب البطلان "المطلق" أو المذهب الشكلي:

فكرة هذا المذهب، أن البطلان إنما يقع نتيجة مخالفة جميع قواعد الإجراءات الجنائية التي تنظم إجراءات الخصومة الجنائية. وسند هذا المذهب، أن القانون لا يفرض الشروط والأشكال إلا مراعاة لأهميتها في تحقيق دور الخصومة، فيتعين تقرير البطلان جزاء تخلفها جميعا، بدون استثناء. ويعد هذا الفكر هو الاتجاه الموسع

---

(1) JACQUES BUISSON:" La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes",Dalloz, R.S.C.N°1, janv.-mars 2001, p26.

(2) انظر لأستاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: "القانون الجنائي الدستوري" ،مرجع سابق، ص٤٧٤. والمرجع المشار اليه في هامش ١.

(3) الدكتور احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري، المرجع السابق، ص٤٧٤.

في أسباب البطلان[1].

وميزة هذا المذهب الوضوح في تحديد أسباب البطلان، إلا ان التوسع في تقريره من وجهة رجال الفقه، يثير مسألة التناسب بين الحقوق والحريات، وبين المصلحة العامة، وهو، اي التناسب امر لابد منه[2].

ثانياً: مذهب البطلان المنصوص عليه " لا بطلان بدون نص"

ومؤداه أن المشرع هو الذي يتولى تحديد أسباب البطلان. وميزة هذا المذهب ان المشرع هو الذي يتولى بنفسه إجراء التناسب بين الحقوق والحريات التي تحميها القاعدة الإجرائية محل المخالفة وبين المصلحة العامة، فيقرر البطلان في الأحوال التي يرى فيها ان الحقوق والحريات يجب ان تكون هي الغالب[3].

ثالثاً: مذهب البطلان الذاتي:

وينادي هذا المذهب بعدم اشتراط النص على البطلان صراحة، بل يكفي للبطلان مجرد عدم مراعاة شروط معينة في الإجراءات.

وميزة هذا المذهب انه يقرر عدم إمكان حصر أسباب البطلان المطلق مقدما، ولذلك يترك الأمر للقضاء، حتى يقدر مدى التناسب بين جسامة المخالفة والمصلحة العامة، بدلاً من ان يكون طوعاً لنصوص جامدة . فهو قد يرى العيب الجسيم في الإجراء، ولا يستطيع إبطاله،لأن القانون لم ينص على هذا البطلان[4].

ويؤخذ على هذا المذهب، أنه يواجه مشكلة التمييز بين الأشكال الجوهرية والأشكال غير الجوهرية، وهو امر من الصعب حله، فيترك بذلك الفرصة للخلاف في الآراء، وتضارب الأحكام.كما أن ترك تحديد حالات البطلان للقاضي دون حصرها مسبقا، سوف يدخلها في دائرة عدم اليقين، مما يجعل مخالفتها للضمان الجوهري في إحدى القضايا سبباً للبطلان، وفي غيرها من القضايا عديم الأثر[5].

---

(1) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور ، المرجع السابق نفسه، ص٤٧٤.
(2) المرجع السابق نفسه، ص٤٧٤.
(3) المرجع السابق نفسه، ص٤٧٥.
(4) المرجع السابق، ص٤٧٦.
(5) المرجع السابق نفسه، ص٤٧٦.

رابعاً: مذهب "لا بطلان بغير ضرر"

ويأتي هذا المذهب ضمن سياسة التضييق من أسباب البطلان، حيث يرى هذا الاتجاه، أن البطلان لا يقع إلا إذا رأى القاضي بأن العيب الإجرائي قد أصاب بالضرر الطرف الذي يطالب بالبطلان. ويستوي في ذلك أن يكون القانون قد نص على أحوال البطلان، أو ترك للقاضي أمر تحديد هذه الأحوال.

وبعد هذا العرض السريع للسياسة الإجرائية المتبعة في التشريعات المختلفة للبطلان كجزاء إجرائي.سوف نتطرق لهذا النوع من الأجزية في التشريعات محل المقارنة وذلك على النحو التالي:

المطلب الثاني

البطلان كجزاء إجرائي في التشريعات المقارنة

أولاً : في القانون الفرنسي :

١- حالات البطلان في القانون الفرنسي:

من المفيد ذكره أن قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي منذ قانون ٦ أغسطس ١٩٧٥، وضع نص المادة ٨٠٢ ، وكانت تنص على نوعين من البطلان هما: **البطلان بنص القانون** nullités txtueles ، ويشمل الحالات التي نص فيها المشرع صراحة على أن مخالفة الشروط الموضوعية، أو الشكلية المتطلبة في الإجراء يرتب البطلان[١].

والنوع الثاني البطلان الذاتي: أي أن يكون الإجراء الذي تم مخالفته جوهريا formalités substantielles[٢].

ولكن المشرع الفرنسي بعد إدخال تعديل ٢٤ أغسطس ١٩٩٣، جعل الضرر مناطاً للبطلان. وربط بين الضرر، والبطلان المنصوص عنه. وكذا بين البطلان الذاتي،

---

(١)Muriel GUERRIN:" Les changements opérés par la loi relative à la présomption d'innocence sur les nullités de procédure dans la phase préalable au jugement pénal " R.S.C. N°4, oct.-déc. 2000, P756

(٢)Muriel GUERRIN:" Ibid. P756 et 757.

Valentine BÛCK: " Vers un contrôle plus étendu de la garde à vue ",op. Cit. p.338.

وانظر ، الدكتور مجدي أنور حبشي،" ضمانات المتهم في ضوء التعديلات الحديثة في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص١٠.

والضرر[1]، حيث نص المشرع الفرنسي في المادة ١٧١ من قانون الإجراءات الجنائية على، أن البطلان يتقرر عندما يكون هناك خطأ في تقدير الإجراءات الجوهرية المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية، والتي تشكل اعتداءً على مصالح الطرف الذي وقع عليه الإجراء المخالف[2].

وكذلك جاء نص المادة ٨٠٢ -وهو نص مكمل للنص السابق- على أنه: " في حالة خرق القواعد التي يقرر النص بشأنها البطلان ،البطلان المنصوص عليه، أو في حالة عدم إتباع الأشكال الجوهرية . البطلان الذاتي، فإن للمحكمة -بما في ذلك محكمة النقض- التي يطلب منها أن تبت في طلب البطلان، أو يكون لها التصحيح من تلقاء نفسها لمثل هذه المخالفة -إذا لم ترد أن تقضي بالبطلان- ليس لها البطلان، إلا عندما تكون هذه الأفعال المخالفة قد شكلت اعتداءً على مصلحة الشخص الواقع عليه الإجراء ، الضرر كشرط للبطلان[3].

ويظهر مما سبق، أن المشرع الفرنسي وسع من سلطة القضاء في إقرار البطلان، حيث اعتمد على معيار البطلان الذاتي. واعتمد أيضاً على معيار البطلان المنصوص

---

(1)Voir: Jean PRADEL: " La Durée des procédures", op. Cit.,p150. Bart De Smet: " Le contrôle de la régularité de l'instruction et les mécanismes d'atténuation de la Sanction de nullité " R.D.P. C.,2000 N ° 7-8-ch.p774 et s.

(2) انظر نص المادتين ١٧١ و٨٠٢ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي:
Article 171: du Code de procédure pénale (Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 71 Journal Officiel du 5 janvier 1993 en vigueur le 1er mars 1993) (Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 art. 21 Journal Officiel du 25 août 1993 en vigueur le 2 septembre 1993) " Il y a nullité lorsque la méconnaissance d'une formalité substantielle prévue par une disposition du présent code ou toute autre disposition de procédure pénale a porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne".

(3) انظر نص للمادة ٨٠٢ من قانون الإجراءات الجنائية.
Article 802: du Code de procédure pénale (Loi n° 75-701 du 6 août 1975 art. 19 Journal Officiel du 7 août 1975 en vigueur le 1er janvier 1976) (Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 82 Journal Officiel du 5 janvier 1993 en vigueur le 1er mars 1993) (Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 art. 27 Journal Officiel du 25 août 1993 en vigueur le 2 septembre1993).

En cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la nullité que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne.

Voir: Muriel GUERRIN:" Les changements opérés par la loi relative à la présomption d'innocence sur les nullités de procédure dans la phase préalable au jugement pénal " Rev. sc. crim.N°4, oct.-déc. 2000 , P756.

وربطه على أساس الضرر. وهذا النوع الأخير من البطلان يشترط لأعماله ان يتقدم الشخص بتظلمه في الإجراء المتخذ ضده[1].

٢- معيار البطلان في حال مخالفة ضمانات المساس بالحرية:

سبق أن بينا الضمانات التي كفلها المشرع الفرنسي لإجراءات التحفظ والقبض،والتوقيف، وبالتالي يثار التساؤل في حال مخالفة السلطة المختصة لتلك الضمانات التي رسمها المشرع لدعم حماية أصل البراءة. فهل يكون ذلك مدعاة لبطلان هذا الإجراء وما ترتب عليه، أو اتصل به اتصالاً مباشراً من إجراءات اخرى، كالاعتراف، أو توافر حالة تلبس بالجريمة.

وللإجابة على التساؤل المثار يمكن القول أولاً: إنه ليس كل مخالفة للقواعد والإجراءات مهما كانت المخالفة يترتب عليه البطلان حتماً، وإلا أصبح كل عمل عرضة للإبطال،لأن الخطأ وارد في كل الأحوال. ولكن هناك خطأ بسيط مغتفر، وآخر جوهري. وهذا الأخير جرى العمل على أنه يترتب عنه البطلان سواء وقع الخطأ في القواعد والإجراءات الجوهرية المنصوص عليها بالبطلان صراحة، أو التي لم يتم النص عليها، وترك تقديرها للقاضي[2].

والجديد في التشريع الإجرائي الفرنسي- كما أشرنا سبقاً- أنه اشترط للبطلان إلى جانب الإخلال بالإجراءات الجوهرية، أن يترتب عن الخطأ اعتداء على مصلحة الشخص الواقع عليه الإجراء. ولكن وفقاً لقواعد القانون بشأن تصحيح الضرر، لا يتم الحديث عن البطلان بدون شكوى، أو تظلم من صاحب المصلحة، يدفع ببطلان إجراءات التحفظ أو القبض التي سببت له ضرر[3].

وهذا القول يتفق مع ما قاله القضاء الفرنسي، حيث اتجه إلى أن مخالفة قواعد

---

(1)Bart De Smet " le contrôle de la régularité de l'instruction et les mécanismes d'atténuation de la Sanction de nullité " Rev. Dr. Pen. Crim- 2000 N ° 7-8-ch.p.780.

(2) الدكتور كمال عبد الرشيد محمود، المرجع السابق، ص٧٠٩.

(3)Muriel GUERRIN:" Les changements opérés par la loi relative à la présomption d'innocence sur les nullités de procédure dans la phase préalable au jugement pénal " Rev. sc. crim. (4), oct.-déc. 2000 , P756.

وانظر : الدكتور مجدي أنور حبشي:" ضمانات المتهم في ضوء التعديلات الحديثة في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي ، دار النهضة العربية، ٢٠٠١ ، ص١٢.

التحفظ والقبض لا يترتب عليها البطلان بدون حدوث ضرر للشخص [١].

وإذا كان التشريع والقضاء قد رتبا البطلان على المخالفة للإجراءات الجوهرية والتي يترتب عنها اعتداء على مصلحة الشخص الواقع عليه الإجراء [٢]. فإن التساؤل الذي يفرض ذاته في هذا الصدد هو عن ماهية الإجراءات الجوهرية التي ينتج عنها اعتداء على مصالح الشخص المتحفظ عليه،ويترتب عليها البطلان.

والواقع أن الجواب على هذا التساؤل ليس بالأمر اليسير، فهناك صعوبة في تحديد ما هو جوهري وما هو غير جوهري، ولذا نجد أن التشريعات ومنها التشريع الفرنسي لم يحدد القواعد والإجراءات التي تعد جوهرية، بحيث يترتب على عدم مراعاتها بطلان الإجراء المخالف.

ولكن القضاء الفرنسي عبر عن بعض هذه الإجراءات الجوهرية، حيث ذهب إلى أن إجراءات إبلاغ المتحفظ عليه بحقوقه المتعلقة بالكشف الطبي، والاستعانة بمحام من قبيل الإجراءات الجوهرية، وذلك وفقا لمفهوم المادة ١٧١ والمادة ٨٠٢ من قانون الإجراءات الجنائية [٣].

وأما الإجراءات الشكلية البسيطة،مثل ضرورة كتابة بعض البيانات في تقرير الشرطة المتعلقة بالقيام بإبلاغ المحتجز بحقوقه، أو كتابة مدة سماع الأقوال،أو مدة الراحة، هي إجراءات تنظيمية، لا تعد من قبيل الإجراءات الجوهرية التي يترتب عليها البطلان [٤].

٣- شرط الاعتداء على مصلحة الشخص الذي قيدت حريته كسبب للبطلان في القانون الفرنسي:

من الجدير بالطرح، أن شرط الاعتداء على مصلحة الشخص الذي قيدت حريته ،كسبب للبطلان، يخرج من نطاقه الإجراءات الجوهرية،إذ ليس من اللازم أن يثبت

---

(١)Cass.Crim.du 18 juillet 1995 REJET N° 95-82.319.- CA Paris,29 mars 1995.- M. Tazi .http://www.courdecassation.fr/_BICC/420a429/424/cour/cass424.htm#138
(٢)Anne TEISSIER :" "La garde à vue et droit de la défense", Op.Cit.,p5.
(٣)Cass.Crim.du 9 mai 1994, Bull.Cassation.N°174.Cass.Crim. du 10 avr.1996. Procédures 1996, Comm. 229.par Muriel GUERRIN:" op. Cit. P757.
(٤)Cass.Crim. du 9 mai 1994, Bull. Cassation. N° 174. Cass. Crim.du 10 avr.1996. Procédures 1996, Comm. 229.par Muriel GUERRIN:" op. Cit. P757.

الشخص الذي دفع ببطلان الإجراءات التي قيدة حريته، كالقبض والحبس ونحوه ان مخالفة للإجراءات الجوهرية قد ادت إلى وقوع اعتداء على مصالحه. وإنما يكفي مجرد مخالفة الإجراءات للقول بأن الاعتداء على مصلحة الشخص قد وقع، وشكل مساساً بمصالح الشخص المتهم.

وتطبيقا لذلك، قضت محكمة النقض الفرنسية، بأن اي تأخير في إبلاغ الشخص الذي قيدت حريته بحقوقه التي يكفلها له القانون- طالما كان هذا التأخير غير مبرر- يكون من شأنه الإضرار بمصالح الشخص[1].

وغني عن البيان، أن بعض الفقه، يعتبر الإجراءات المقيدة للحرية بأنها جوهرية تتعلق بالنظام العام. وبالتالي يشكل الاعتداء على إحداها اعتداء على النظام العام الإجرائي، نظراً لما تنطوي عليه مخالفة هذه الإجراءات من اعتداء على الحرية الشخصية[2].

ويبقى تساؤل يتعلق بتأثير بطلان الإجراء المخالف على بقية الإجراءات، فهل يترتب على مخالفة إحدى الضمانات المتعلقة بالحرية الشخصية بطلان كافة الإجراءات اللاحقة أم يلحق البطلان الإجراء المخالف.

والواقع أن بعض الفقه ذهب إلى أن بطلان الإجراء المخالف ليس من شأنه أن يؤدي إلى بطلان كافة الإجراءات اللاحقة[3].

ومن الملاحظ أن المشرع الفرنسي منح غرفة التحقيق سلطة تقرير البطلان، ولها

---

(1)Cass.Crim.du13 février 1996,Cassation,N°95-85.538.CA.Versailles,2 Sept.1995. Cass.Crim. du 30 avril 1996 Cassation Partielle,N° 95-82.217.-CA Versailles,17 mars 1995.- Procureur général près ladite cour

(2)Muriel GUERRIN:" Les changements opérés par la loi relative à la présomption d'innocence sur les nullités de procédure dans la phase préalable au jugement pénal " Op. cit. P757.
http://www.courdecassation.fr/_BICC/458
وانظر : الدكتور مجدي انور حبشي:" ضمانات المتهم في ضوء التعديلات الحديثة في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، مرجع سابق، ٢٠٠١، ص١٣، والمرجع المشار إليه في الهامش رقم ٢.

(3)Anne TEISSIER : "La garde à vue et droit de la défense", op.Cit. p59.
وانظر بوجه عام : الدكتور محمد عيد الغريب: " النظام العام في قانون الإجراءات الجنائية"، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ١٣٢ وما بعدها.

أن تقرر ما إذا كان من شأن البطلان ان يؤثر على سائر الإجراءات، أم لا؟ وبالتالي لها أن تقصر البطلان على الفعل محل المخالفة دون سائر الإجراءات، ولها أن تبسطه على كافة الإجراءات، أو بعض الإجراءات التالية تبعاً لمدى جسامة المخالفة، وأهمية الإجراء، وعلاقة السببية ما بين الإجراء محل المخالفة والإجراءات المترتبة عليه[1].

وفي هذا الصدد. قضت محكمة النقض الفرنسية، بأن بطلان التحفظ لا يؤثر على الإجراءات المنصوص عليها التي تمت بشكل صحيح[2]. وفي حكم آخر لها قضت بتأييد غرفة المشورة التي تقوم بالنطق ببطلان التحفظ. مع تقرير عدم بطلان إجراءات الاتهام. والحبس الاحتياطي اللاحقة على التحفظ، وذلك تأسيسا على أن التحفظ، لا يعد شرطاً ضرورياً للاتهام، طالما أن قاضي التحقيق قد استند إلى أدلة لم يتم الحصول عليها أثناء التحفظ[3].

ونخلص مما سبق إلى أن القانون الفرنسي إلى جانب أخذه بمعيار البطلان الذاتي أخذ بمذهب البطلان المنصوص عليه، حيث المستفاد من نصوصه ومن أحكام النقض الفرنسي ، أن أي إهدار للضمانات المقررة للشخص سواء الشكلية، أو الموضوعية يترتب عليه البطلان، ولكنه يعول في ذلك على معيارين هما: حسن سير العدالة، واحترام حقوق الدفاع المتفرعة عن أصل البراءة.

ثانياً: البطلان في القانونين المصري واليمني:

يعتبر البطلان الذاتي هو البطلان السائد في كل من القانونين المصري[4] واليمني،

---

(1) انظر في ذلك نص المادة ١٧٤-١ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي:

Article 174-1 (inséré par Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 30 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001)

Lorsque la chambre de l'instruction annule une mise en examen pour violation des dispositions de l'article 80-1, la personne est considérée comme témoin assisté à compter de son interrogatoire de première comparution et pour l'ensemble de ses interrogatoires ultérieurs, jusqu'à l'issue de l'information, sous réserve des dispositions des articles 113-6 et 113-8.

(2) Cass.Crim.du 6 mai 1997. N° 96-84.554.-C.A.Orléans, 17 juin 1996. - Procureur général près ladite cour.
http://www.courdecassation.fr/_BICC/458

(3) Cass.Crim.du 30 avril 1996, Cassation partielle,N° 95-82.217.- CA Versailles, 17 mars 1995.- Procureur général près ladite cour .

(4) انظر: استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور : " النقض الجنائي"، مرجع سابق، ص ٢١٨

حيث يتفق كل منهما على معيار الإجراء الجوهري كأساس للبطلان، وهذا المعيار هو السائد في العديد من القوانين بما فيها القانون الفرنسي، كما بينا سابقاً.

وبالإضافة إلى أخذ القانون اليمني بمعيار البطلان الذاتي، أخذ أيضاً بنظام البطلان المنصوص عليه، اي لا بطلان بغير نص، حيث نصت المادة ٣٩٦ من قانون الإجراءات الجزائية ،على انه " يقع باطلاً كل إجراء جاء مخالفاً لأحكام هذا القانون إذا نص القانون صراحة على بطلانه، أو إذا كان الإجراء الذي خولف أو أغفل جوهرياً".

والتساؤل الهام هو: متى يكون الإجراء الذي تم مخالفته جوهري وبالتالي يترتب على مخالفته البطلان، ومتى يكون غير جوهر لا يترتب عنه البطلان؟

اجاب القضاء المصري على هذا التساؤل، بقوله: " إذا كان الغرض من الإجراء المحافظة على مصلحة عامة، أو مصلحة المتهم أو أحد الخصوم، كان إجراءً جوهرياً. أما إذا كان الغرض منه ليس إلا الإرشاد والتوجيه، فلا يكون جوهرياً، ولا يترتب على عدم مراعاته البطلان"[1].

ومن قبيل الإجراء الجوهري، ضمان تحرير محضر جمع الاستدلالات والتوقيع عليه من مأمور الضبط القضائي، وبيان وقت اتخاذ الإجراءات، ومكان حصولها وتوقيع الشهود والخبراء على محضره[2].

وكذلك من قبيل الإجراءات الجوهرية في القانون اليمني، وجوب السماع الفوري لأقوال المتحفظ عليه، وإحالته مع المحضر الذي يحرر بذلك في مدى أربع وعشرين ساعة[3].وكذلك من الضمانات الجوهرية التي يترتب على مخالفتها البطلان حق الاستعانة بمدافع، في كافة مراحل القضية الجزائية[4].

وفي مصر ذهب بعض الفقه[5] إلى ان ضمان تحرير محضر مشتمل على إجراءات

---

(1) انظر : حكم محكمة النقض المصرية في ١٤ يونيو ١٩٥٢، مجموعة أحكام النقض ، س٣ ، ص ١١٠٢.

(2) انظر : نص المادة ٢٤ الفقرة الثانية من قانون الإجراءات الجنائية المصري والمادة ٩٢ من قانون الإجراءات الجزائية اليمني.

(3) انظر نص المادة ١٠٥ من قانون الإجراءات الجزائية اليمنيسبق الإشارة إليها.

(4) انظر نص المادة ٩-١ من قانون الإجراءات الجزائية اليمنيسبق الإشارة إليها.

(5)الدكتور عبد الستار سالم الكبيسي : " ضمانات المتهم قبل و أثناء المحاكمة" مرجع سابق ، ص ٢٥٦.
الدكتور إدريس عبد الجواد بريك: " ضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال"، مرجع سابق، ص٦٦٢.

الاستدلال، وكذلك ضرورة إبلاغ النيابة العامة فوراً عند التحفظ على المشتبه فيه والاستعانة بمدافع أثناء الاستدلالات، تعتبر من الضمانات الجوهرية للمشتبه فيه.بيد أن قضاء النقض المصري اعتبر بعضها من قبيل الإجراءات التنظيمية، التي لا يترتب على مخالفتها بطلان[1] ، وكذلك لم يرتب البطلان في حال مخالفة استعانة المشتبه فيه بمدافع أثناء الاستدلال[2] .

وانتقد بعض الفقه[3] مسلك محكمة النقض، حيث ذهب إلى أن ما اعتبرته المحكمة من قبيل الإجراءات التنظيمية . هو في حقيقته من الإجراءات الجوهرية، التي سبق للمحكمة أن عرفتها بأنها ما كان الغرض منها المحافظة على المصلحة العامة، أو مصلحة المتهم. و ضمان تحرير محضر مشتمل على إجراءات الاستدلال، وكذلك ضرورة إبلاغ النيابة العامة فوراً عند التحفظ على المشتبه فيه، والاستعانة بمدافع ، هي أشكال جوهرية لتعلقها بمصلحة المشتبه فيه أو المتهم، وكذلك بالمصلحة العامة.

وهذا الانتقاد الذي وجهه بعض الفقه المصري ، مرجعه الأخذ بمذهب البطلان الذاتي، وهو ما أتاح المجال للخلاف بشأن الإجراءات الجوهرية التي يترتب عليها البطلان، خصوصاً، وأن ضابط الإجراء الجوهري تختص به المحكمة وحدها، وقد وضعت المحكمة ضابطاً لذلك — على نحو ما ذكرنا- وهو أن يكون الغرض من الضمانات الإجرائية ،المحافظة على مصلحة عامة، أو مصلحة المتهم أو أحد الخصوم.

وفي رأينا انه من الأوفق، أن يضبط القضاء معيار تحديد الإجراءات الجوهرية عن غيرها،على اساس مدى تأثير هذا الإجراء على الهدف، أو الغاية التي أراد المشرع الدستوري، أو الإجرائي توخيها من النص على هذا الإجراء، أو الضمان، فكلما كانت الغاية من الإجراءات والضمانات من شأنها أن تحقق التوازن بين مصلحة المشتبه فيه أو المتهم، وتحقيق المصلحة العامة، فإن هذا الإجراء، يعد جوهرياً، يترتب على مخالفته البطلان، أما إذا كان الإجراء،لا يؤثر في هذا التوازن، فإنه من قبيل الإجراءات

(1) انظر: نقض جنائي في ٣ نوفمبر ١٩٥٨، مجموعة أحكام النقض ، س ٩،ص ٨٦٦. ونقض ١٠ نوفمبر ١٩٨١، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢، ص ٤٨٢.

(2) انظر : نقض جنائي في الأول من مايو ١٩٦١، مجموعة أحكام النقض س ١٢ ، ص ٥١٣.

(3) الدكتور إدريس عبد الجواد عبد الله بريك: " ضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال"، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥، ص ٦٦١.

التنظيمية، أو الإرشادية[1].

ووفقاً لذلك،إذا كان المشرع الدستوري، أو الإجرائي قد نص على ضمانات تحمي الحقوق والحريات الفردية عند التوسل بالإجراءات الجنائية، تحقيقاً لمصلحة عامة، فإن الهدف من تلك الضمانات، هو حماية حق المتهم في أصل البراءة، حتى تثبت إدانته، وانه لا يتأتى حماية هذا الأصل إلا من خلال تلك الضمانات، وبالتالي فإن الخروج عليها يشكل تعدياً غير مبرر على أصل البراءة، مما يعد هذا الخروج مخالفاً لقواعد جوهرية يترتب عليها بطلان الإجراءات.

المبحث الثاني

الجزاءات التاديبية والجنائية

تمهيد وتقسيم :

إن الضمانات التشريعية المكفولة لحماية الحرية الشخصية والتي تنطلق في الأساس من أن الأصل في المتهم البراءة ،لا تكفي وحدها لحماية هذا المبدأ ما لم ينتهج المشرع نهجاً حمائياً ، من خلال وضع الأجزية التي تعاقب المخل بهذه الضمانات.ولئن كان البطلان الإجرائي من أشد الأجزية الإجرائية المترتبة على مخالفة الضمانات المكفولة -كما بينا- فإن هناك أجزية أخرى توقع على رجال السلطة عندما يخرجوا على مقتضى واجباتهم الوظيفية، وينتهكوا الحقوق والحريات الفردية وفي مقدمتها الحق في حرية الغدو والرواح دون سند من القانون مما يشكل انتهاكاً صارخاً لأصل البراءة في المتهم قبل ان يصدر حكماً قضائياً باتاً بالإدانة.

وسوف اقسّم هذا المبحث إلى مطلبين. أتناول في المطلب الأول الجزاءات التأديبية. وفي المطلب الثاني الجزاءات العقابية.

المطلب الأول

الجزاءات التاديبية

تختلف الجزاءات التأديبية عن الجزاءات الجنائية في أن الجزاءات التأديبية هي: " بسبب إخلال الموظف بواجبات وظيفته إيجاباً أو سلباً ، أو إتيانه عملاً من الأعمال

---

(1) راجع : الدكتور محمد عيد الغريب، " النظام العام في قانون الإجراءات الجنائية" دار النهضة العربية ٢٠٠٦، ص٣٢.

المحرمة عليه، فكل موظف يخالف الواجبات، أو يخرج على مقتضى الواجب في أعمال وظيفته، يعد مرتكباً ذنباً إدارياً يستوجب تأديبه"[1].

أما الجزاءات الجنائية، فهي بسبب خروج الشخص على المجتمع فيما تنهى عنه القوانين الجنائية، أو فيما تأمر به[2].

ومناط المسئولية التأديبية للقائمين بأعمال الاستدلال والتحقيق الجنائي . سببه الخروج على مقتضيات العمل الوظيفي، بينما مناط المسئولية الجنائية للقائمين بأعمال الاستدلال والتحقيق، فيتمثل في استعمال القسوة من جانبهم[3].

وتختلف الجريمة التأديبية عن الجريمة الجنائية، من حيث تحديد الجرائم. ففي حين الجرائم التأديبية لا يمكن حصرها، ويترك للسلطات التأديبية سلطة تقديرية واسعة في تحديد الجرائم التأديبية من خلال أفعال الموظفين التي ترى أنها كذلك[4]. على العكس الجرائم الجنائية التي يحكمها مبدأ " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"[5].

---

(1) انظر : حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في ١٩٥٧/٤/٦، الطعن رقم ١٥٧٣ س ٢ق ، مجموعة س ٢، ص٨٦١.

(2) انظر في هذا الصدد : المحكمة الإدارية العليا المصرية في ١٩٩١/٥/١١، الطعن رقم ٢١٣٠ لسنة ٣٥ق . قاعدة رقم ٢٧٠ الموسوعة الإدارية الحديثة جـ٣١ ص٨٥٤ عام ٩٤/٩٥م.

(3) الدكتور محمد فؤاد إسماعيل: " العلاقة بين الجريمة الجنائية والجريمة التأديبية " ، مجلة الأمن العام ، العدد ٩٠ السنة ٢٣ يوليو سنة ١٩٨٠ ، ص١٢٤.

(4) انظر : الدكتور عبد الله صالح محمد هران: " الأحكام التاديبية في الشرطة اليمنية دراسة مقارنة بالنظم المصرية "، رسالة دكتوراه ، اكاديمية الشرطة المصرية، كلية الدراسات العليا٢٠٠٦، ص ١٧ وما بعدها.

(5) يثار التساؤل بشأن شرعية الجرائم في مجال الجرائم التأديبية. فهل الجرائم التاديبية لا تخضع للشرعية الجنائية؟
أجاب الفقه بأن مبدأ الشرعية في المجال التأديبي موجود -شانه شان مبدأ الشرعية في أعمال الإدارة بشكل عام- فلا يمكن أن تجرم الإدارة أو سلطة التاديب فعلاً من الأفعال دون ان يكون مخالفا لنص قانوني مكتوب أو لعرف إداري متبع أو لحكم من أحكام القضاء، وهذه هي عناصر الشرعية التأديبية. فوصف انه خطأ، هذا تكييف قانوني له، ولا يمكن ان توقع عقوبة على فعل دون أن يكون خطأ، ومع تسليمنا بوجود مبدأ الشرعية في المجال التاديبي وبالذات في الجرائم التاديبية إلا انه يختلف عن مبدأ شرعية الجرائم الجنائية. والمستقر عليه لدى الفقه والقضاء في مجال التاديب ان الجرائم التأديبية لا تخضع لمبدأ (لا جريمة إلا بنص)، فليس من اللازم ان توجد قواعد تؤثم مسبقاً حتى يعاقب الموظف، ولكن يعاقب عندما يكون فعله إخلالاً بواجب وظيفي، سواء وجد نص يجرم فعله أم لم يوجد. انظر : الدكتور عبد الله صالح محمد هران: " الأحكام التأديبية في الشرطة اليمنية دراسة مقارنة بالنظم المصرية "، رسالة دكتوراه ، أكاديمية الشرطة المصرية، كلية الدراسات العليا٢٠٠٦ص ٤٠.

وتختلف الجهة التي لها سلطة توقيع الجزاءات التأديبية باختلاف القائمين بأعمال الإجراءات الجنائية، وباختلاف التشريعات المقارنة. ففي فرنسا تكون الجهة الإدارية التي يخضع لها المخالف هي المختصة بتوقيع الجزاء التأديبي عليه، فمثلاً مأمور الضبط القضائي المخالف للقواعد يخضع لرئيسه الإداري الأعلى في توقيع العقاب الإداري عليه[1]. ولكن بعض الفقه الفرنسي[2] ذهب إلى أن الرقابة الجادة على مأمور الضبط القضائي، تقتضي ضرورة تخويل النيابة العامة سلطة مجازاة مأمور الضبط القضائي المخالف تأديبيا ، بالإضافة إلى حقها في رفع الدعوى الجنائية عليه[3].

وهذا ما أكدته المادة ١٦ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، حيث خولت مدعي الجمهورية ، حق سحب أهلية ممارسة أعمال الضبط القضائي عن ضابط الشرطة القضائية المخالف[4]. وفي ذات الوقت خول قانون الإجراءات الجنائية غرفة التحقيق la chambre de l'instruction[5]- بدون الإضرار بالجزاء التأديبي الذي يوقعه الرئيس الإداري الأعلى على مأمور الضبط- ، سلطة سحب الأهلية الممنوحة

---

(1) الدكتور عمر إبراهيم الوقاد: " التحفظ على الأشخاص.." . مرجع سابق ، ص٢٠١.

(2)Pierre Gagnoud: " L'enquête préliminaire et Les droits de la défense." Thèse. Université de Nice Sophia - Antipolis. Faculté de droit.1997.p192.

(3)Pierre Gagnoud : " l'enquête préliminaire et les droits de la défense." Thèse. Université de Nice Sophia - Antipolis. Faculté de droit. 1997.p192 etc.

(4)Article 16 :(Loi n° 66-493 du 9 juillet 1966 art. 1 Journal Officiel du 10 juillet 1966)(Loi n° 72-1226 du 29 décembre 1972 art. 17 Journal Officiel du 30 décembre 1972)(Loi n° 75-701 du 6 août 1975 art. 20 Journal Officiel du 7 août 1975)(Loi n° 78-788 du 28 juillet 1978 art. 2 Journal Officiel du 29 juillet 1978) (Loi n° 85-1196 du 18 novembre 1985 art. 1 et 8 Journal Officiel du 19 novembre 1985 en vigueur le 1er janvier 1986)(Loi n° 94-89 du 1 février 1994 art. 2 Journal Officiel du 2 février 1994 en vigueur le 2 février 1994) (Loi n° 95-125 du 8 février 1995 art. 53 Journal Officiel du 9 février 1995)(Loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 art. 20 Journal Officiel du 23 juillet 1996)(Loi n° 98-1035 du 18 novembre 1998 art. 1 Journal Officiel du 19 novembre 1998)(Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 art. 8 III Journal Officiel du 19 mars 2003) ..." Les conditions d'octroi, de retrait et de suspension pour une durée déterminée de l'habilitation prévue par le précédent alinéa sont fixées par décret en Conseil d'Etat pris sur le rapport du ministre de la justice et des ministres intéressés" .

(5) تم تعديل المصطلح المستخدم حيث كان في السابق يطلق عليها المشرع الفرنسي غرفة الاتهام la chambre d'accusation ليصبح حاليا غرفة التحقيق و عدل مصطلح نظام الاتهام inculpation ليصير المحال للتحقيق أو الوضع تحت الاختبار mise en examen وهذه التعديلات الاصطلاحية قصد بها الحفاظ على سمعة المتهم والتأكيد على حق الشخص في أصل البراءة.

لمأمور الضبط القضائي في ممارسة سلطاته القضائية .إما بصفة مؤقتة أو بصفة نهائية[1].

وفي ذات الاتجاه أكدت المادة (١٥-٢ المضافة بالقانون رقم ٥١٦ لسنة ٢٠٠٠) على هذا المسلك، حيث نصت على أن التحقيقات الإدارية التي تجرى مع ضابط، أو وكيل الشرطة القضائية بسبب سلوكه أثناء ممارسته لمهمة أعمال الضبط القضائي، تكون بالاشتراك بين الهيئة العامة لتفتيش الدوائر القضائية، وهيئة التحقيق المختصة. ويكون ذلك بتوجيهات وزير العدل ويتولى التحقيق قاضٍ[2].

وفي القانون المصري ينعقد الاختصاص في مجازات مأمور الضبط القضائي - إذا ما ارتكب مخالفة لواجباته الوظيفية- للجهة الإدارية المختصة ويقتصر دور النائب العام في أن يطلب من جهة الإدارة المختصة النظر في ما وقع منه، وله أن يطلب رفع الدعوى التأديبية عليه، ولا يمنع ذلك من رفع دعوى جنائية عليه. ولكن المشرع لم يخول النائب العام سلطة توقيع الجزاءات التأديبية على مأمور الضبط المخالف، أو المقصر في أداء عمله[3].

ويظهر من ذلك أن سلطة النائب العام مقصورة على الإشراف والتوجيه ليس

---

(1)G. Stefani - G. Levasseur - B. Bouloc - " procédure pénale " ,17e édition - 2000 Dalioz. Paris.pp.390 et 391.

وانظر نص المادة (٢٢٤ أ.ج.):

Article 224:(Loi n° 78-788 du 28 juillet 1978 art. 6 et 7 Journal Officiel du 29 juillet 1978)(Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 83 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001)

La chambre de l'instruction exerce un contrôle sur l'activité des fonctionnaires civils et des militaires, officiers et agents de police judiciaire, pris en cette qualité.

(2)Jacques BUISSON: " La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000 ", p41.

وانظر نص المادة ١٥-٢ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي

Article 15-2(Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 17 Journal Officiel du 16 juin 2000)

Les enquêtes administratives relatives au comportement d'un officier ou d'un agent de police judiciaire dans l'exercice d'une mission de police judiciaire associent l'inspection générale des services judiciaires au service d'enquête compétent. Elles peuvent être ordonnées par le ministre de la justice et sont alors dirigées par un magistrat.

(3) انظر نص المادة (٢٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

إلا! وإذا حدثت مخالفة من مأمور الضبط، فيقتصر دوره في رفع طلب دعوى تأديبية وهذا الطلب لا يلزم جهة الإدارة بتوقيع جزاء تأديبي، أو برفع دعوى تأديبية عليه.

ويرجع السبب في ذلك إلى، أن مأمور الضبط القضائي لا يعد من أعوان السلطة القضائية، ويظهر ذلك جليا في قانون السلطة القضائية المصري رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ ، حيث لم يدرج مأمور الضبط القضائي ضمن أعوان القضاء الذين تضمنهم نص المادة (١٣١) من قانون السلطة القضائية[1] .

ويظهر أن مسلك المشرع المصري في هذا الخصوص يشوبه القصور، ففي الوقت الذي يمنح مأمور الضبط سلطات تحمل في طبيعتها المساس بأصل البراءة، ووفقاً للشرعية الإجرائية التي تقوم على هذا المبدأ، فإنه لا يجوز المساس بالحقوق والحريات إلا عبر القضاء، أو تحت إشرافها، كون القضاء هو حامي الحقوق والحريات. وكان الأحرى بالمشرع أن يدرج مأموري الضبط القضائي ضمن أعوان القضاء لاتصال أعماله بصلب القضاء، وحتى يخضع من الناحية التأديبية -عندما يخالف واجباته المقررة- قانونا- للقضاء التابع له صونا للحقوق والحريات.

وفي اليمن نص المشرع اليمني على أن سلطة التبعية والإشراف على مأمور الضبط القضائي تكون للنائب العام،وذلك فيما يخص الأعمال التي تتعلق بأعمال الضبط القضائي[2] .

أما ما يخص سلطة توقيع الجزاءات التأديبية على الأعمال المخالفة التي يقوم بها رجال الضبط القضائي، فقد فرق المشرع اليمني بين ما إذا كانت المخالفة التي ارتكبها مامور الضبط القضائي بسيطة، أم جسيمة. ومن ناحية أخرى مدى استجابة الجهة الإدارية لما طلب منها من نظر في أمر مامور الضبط القضائي المخالف. ففي **الفرض الأول:** أن المخالفة التي ارتكبها مامور الضبط القضائي بسيطة وفي هذه الحالة يحق للنائب العام أن يطلب من الجهة المختصة إدارياً النظر في أمر كل من تقع منه مخالفة

---

(1) حيث نصت المادة ١٣١ من قانون السلطة القضائية على ان" اعوان القضاء هم المحامون والخبراء وأمناء السر والكتبة والمحضرون والمترجمون". وتاديب هؤلاء وفقا لنص المادة ١٣٢ -عدا المحامين- منوط بالقضاء العادي وفقا للشروط والجزاءات الواردة بالمواد من ١٦٤- ١٦٩من قانون السلطة القضائية.

(2) انظر نص المادة ٨٥ من قانون الإجراءات الجزائية اليمني الصادر بقرار جمهوري رقم ١٣ لسنة ١٩٩٤ .

لواجباته، أو تقصير في عمله. وله أن يطلب رفع الدعوى التأديبية عليه وهذا كله لا يمنع من رفع الدعوى الجزائية[1].

والفرض الثاني: أن المخالفة التي ارتكبها مأمور الضبط القضائي كانت جسيمة أو كان الجزاء الموقع من جهة الإدارة غير كاف، أو لم تستجب جهة الإدارة لما طلب منها من نظر في أمر مأمور الضبط المخالف، فإنه يجوز للنائب العام أن يعرض أمر مأمور الضبط القضائي على محكمة الاستئناف للنظر في إسقاط صفة الضبطية القضائية عنه[2].

وتتولى التحقيق مع مأمور الضبط القضائي محكمة الاستئناف، حيث تسمع فيها أقوال ممثل النيابة العامة، ومأمور الضبط القضائي محل المؤاخذة.

وقد وفر المشرع اليمني ضمانات لمأمور الضبط القضائي تتمثل في حقه في الإخطار المسبق لكل ما نسب إليه من إخلال بواجباته وله الحق في الاستعانة بمحام وأن تتم كل هذه الإجراءات في غرفة المداولة[3].

ودون الإخلال بالجزاءات التأديبية التي وقعت عليه، أو من الممكن ان يوقعها الرؤساء الإداريون، فإنه يجوز لمحكمة استئناف المحافظة أن توجه إليه تنبيها أو تسقط عنه صفة الضبطية القضائية لمدة معينة، أو إسقاطها دائما في دائرة محكمة الاستئناف، أو في كل إقليم الجمهورية[4].

ويتبين مما سبق أن المشرع اليمني قد أخضع سلطة تأديب مأمور الضبط القضائي لجهة قضائية مستقلة، وهي محكمة الاستئناف دونما إخلال بسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التأديبية عليه، أو رفعها حين تخطر النيابة العامة جهة الإدارة بأمر مأمور الضبط القضائي المخالف، وبالتالي يكون المشرع اليمني أكثر تدعيم وحماية لأصل البراءة في مواجهة اي انتهاكات يمكن ان يرتكبها مأمور الضبط القضائي ضد حقوق وحريات المشتبه فيه، خلافا لما هو مسموح به قانونا وتقتضيه

---

(1) المادة ٨٥ من قانون الإجراءات الجزائية اليمني.
(2) المادة ٨٦ من قانون الإجراءات الجزائية اليمني.
(3) المادة ٨٧ القانون نفسه .
(4) المادة ٨٨ القانون نفسه .

الضرورة.

ولكن هناك تساؤل يقتضي طرحه، وهو ان المشرع اليمني لم يضع ضابطاً معيناً، يمكن أن نفرق من خلاله بين المخالفة البسيطة والمخالفة الجسيمة. ومن ناحية اخرى عندما نص على حق النائب العام في رفع دعوى التأديب، إذا كان الجزاء الموقع من جهة الإدارة غير كاف. فهو لم يبين المعيار الذي نستطيع ان نقول من خلاله:إن الجزاء التاديبي كاف، او غير كاف؟

ويمكن القول بأن امر ذلك كله متروك لتقدير النائب العام، تحت إشراف قاضي الاستئناف بحيث يقدر كل حالة على حده.

المطلب الثاني

الجزاءات الجنائية

أولاً: متى يكون الاعتداء واقعاً على الحرية الشخصية:

حتى يكون المساس بالحرية الشخصية ومن ثم على أصل البراءة بغيا وعدواناً، لابد ان يكون القائم به شخصاً منحه القانون شرعية المساس بهذا الحق في إطار ضيق، ووفقا لقواعد إجرائية محدودة بهدف تحقيق توازن بين حق الفرد والمصلحة الاجتماعية، ولكنه تجاوز الإطار المرسوم لصلاحياته القانونية، واستغل هذه السلطة في القيام بأعمال تشكل في حد ذاتها جرائم جنائية[1]. وهذه صورة واضحة للعدوان على أصل البراءة في إطار الإجراءات الجنائية.

وتطبيقاً لذلك، إذا قام احد رجال السلطة العامة، أو احد رجال الضبط القضائي، او عضو النيابة العامة باستغلال السلطات الممنوحة له في المساس بالحقوق والحريات، بعيداً عما هو محدد في الدستور والقانون، فإن سلوكه المخالف يشكل عدواناً على أصل البراءة.

وتتعدد صور هذا العدوان، فقد يأخذ شكل فعل يصدر عن الموظف يمكن أن

(1) قد يكون العدوان على أصل البراءة صادر من دولة كما هو الوضع مع الولايات المتحدة الأمريكية حيث تجاوزت الدستور الأمريكي والقانون الجنائي الدولي وكل المواثيق والأعراف واعتقلت العديد من الأشخاص بتهمة الإرهاب وتولت تعذيبهم ومصادرة حقوقهم التي كفلتها المواثيق الدولية فلم تسمح بتقديمهم للمحاكمة وهو بلا شك منتهى العدوان على أصل البراءة وهو يمثل نقطة سوداء لبلد يدعي الديمقراطية وحماية حقوق الإنسان.

يكون فعلاً قانونا في ذاته، غير انه اتخذ من قانونيته ذريعة للعدوان، فعلى سبيل المثال عند قيام مأمور الضبط القضائي اعتماداً على وظيفته بالقبض على احد الأفراد، او حبسه، او حجزه دون مسوغ قانوني، او قام بدخول احد المنازل وفتشها بدون إذن وفي غير الأحوال المسموح بها قانونا، او حصل على احاديث خاصة، او التقط صوراً لأشخاص في ظروف لم تكن جائزة، او عذب المشتبه فيه، او المتهم لحمله على الاعتراف، او الأمر بذلك، او استعمال القسوة مع الناس بصورة مطلقة.. وغيرها من صور العدوان، فإن فعله ذلك يشكل جريمة من جرائم الاعتداء على أصل البراءة يقتضي معاقبته جنائياً [1].

ويأخذ العدوان على الحرية الشخصية وأصل البراءة صورة الامتناع عن الفعل: عندما يمتنع الموظف المختص إطلاق الحرية الشخصية للشخص المقيد حريته، إذا انتهى المسوغ الدستوري والقانوني لهذا التقييد، كأن يبقي على الشخص في الحبس، أو المعتقل بعد انتهاء المدة الزمنية المسموح بها قانونا للحبس، او الامتناع عن إخطار المشتبه فيه بحقوقه القانونية دون وجود مبرر مقبول، أو امتناع مأمور الضبط القضائي عن تقديم الشخص إلى سلطة التحقيق، إذا قامت ضده دلائل على ارتكابه او شروعه في ارتكاب جريمة [2].

ومجمل القول: إن أي فعل أو امتناع عن فعل صادر من قبل مأمور الضبط القضائي، أو رجال السلطة العامة، لكي يشكل جريمة من جرائم الاعتداء على الحرية واصل البراءة، إنما يكون بسبب تجاوزه لسلطاته الوظيفية، واستغلال وظيفته للقيام بأعمال تشكل اعتداء على شخص مشتبه فيه، أو متهم، ولو لم يكن اثناء تأدية وظيفته [3]،طالما استغل نفوذ وظيفته؛كأن يضرب مأمور الضبط القضائي - خارج مقر عمله-، احد الأفراد لكي يعترف بأنه ارتكب جريمة، لمجرد أن احد الأشخاص

---

(1) قارن: محمد زكي ابو عامر، "الحماية الجنائية للحرية الشخصية"، ص٣٩

(2) وفي مرحلة التحقيق الابتدائي يكون العدوان على أصل البراءة بعدم القيام بالإفراج عن الشخص المحبوس احتياطيا بعد مضي المدة القانونية للحبس الاحتياطي او عدم احترام سرية التحقيق او عدم قبول الإفراج الشرطي او منع الشخص من حقه في الاستعانة بمدافع او الحقوق المقررة دستوريا او عدم الأمر بلا وجه لإقامة الدعوى الجنائية وعدم إحالته إلى المحاكمة في مدة معقولة وسوف نبين ذلك لاحقا

(3) راجع نقض مصري ٢٠ /١٩٤٤/٣، في الطعن رقم ٧٣٤ س١٤ ، مجموعة القواعد القانونية ج١، ص٢٦٣.

ابلغه بذلك[1].

ثانياً : النصوص العقابية على الاعتداء على حرية الشخص في الغدو والرواح:

من الجرائم التي تشكل اعتداءً على حق الشخص في الغدو والرواح، القبض أو الحبس أو الخطف، أو الحجز، في غير الأحوال المصرح بها قانونا.

وتشدد التشريعات في معاقبة الموظف الذي يقوم بالاعتداء على الحرية الشخصية ومن ثم على أصل البراءة، وهو تشدد له ما يبرره، فهو يدفع رجال السلطة الذين منحهم القانون سلطات تمكنهم من تقييد الحقوق والحريات المحمية إلى توخي الحيطة والحذر في التعامل مع الأفراد.

ومن التشريعات التي تفرق في العقوبة التشريع الفرنسي ، حيث فرق المشرع الفرنسي بين القبض أو الحجز الذي يقع من ممثلي السلطة، وبين القبض أو الحجز الذي يقع من فرد على فرد آخر، فتندرج الأحكام الخاصة بالقبض الذي يقع من ممثلي السلطة في بند تحت عنوان الاعتداء على حرية الأفراد Des atteintes à la liberté individuelle ، وذلك في المواد من ٤٣٢-٤ إلى ٤٣٢-٦ من قانون العقوبات الفرنسي، والمضافة بالقانون رقم ٩١٦ لسنة ٢٠٠٠ الصادر في ١٩ سبتمبر ٢٠٠٠، حيث قرر المشرع معاقبة كل من رجال السلطة العامة، أو من في حكمهم من الموظفين، إذا استغل وظيفته في إصدار امر، أو تنفيذ أمر تعسفي، بحيث يشكل اعتداءاً على الحرية الفردية، فإنه يعاقب بالسجن لمدة قد تصل إلى سبع سنين سجن، وغرامة قد تصل إلى مائة الف يورو. وعندما يشمل فعل الاعتداء اعتقال الشخص، أو حجزه لمدة تصل إلى سبعة أيام، فإن العقوبة تشكل جناية يعاقب عليها بالسجن لمدة تصل إلى ثلاثين سنة سجن بالإضافة إلى الغرامة التي تصل إلى ٤٥٠ الف يورو[2].

---

(1) لكن لو ان تلك الأعمال التي قام بها رجال السلطة خارج إطار وظيفته تماما ولم يستغل النفوذ الناتج عن مركزه الوظيفي فلا يوصف الاعتداء الحاصل منه على انه جريمة اعتداء على الحرية وعلى أصل البراءة، ولكنه جريمة عادية وفقا لقانون العقوبات.

(2) Article 432-4: du code pénal : (Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 Journal Officiel du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002)

Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de

بينما تتدرج الأحكام الخاصة بالقبض، او الحجز الواقع من فرد عادي، على فرد آخر تحت بند الجنايات والجنح، التي تقع إضراراً بالأفراد، وبالأخص جرائم الاعتداء على الأشخاص، ومنها بطبيعة الحال جرائم الاعتداء على حريات الإفراد Des Atteintes aux libertés de la personne، وذلك في المواد من ٢٢٤-١ وحتى المادة ٢٢٤-٥-٢ من قانون العقوبات الفرنسي والمضافة بالقانونين رقمي ٦٩١ لسنة ٢٠٠٠ و٢٠٤ لسنة ٢٠٠٤.

وقد جعل المشرع الفرنسي عقوبة القبض، أو الاختطاف، أو الحبس، أو الحجز الذي يقوم بها الأفراد- خارج الحالات المصرح بها قانونا(الاقتياد)- السجن المشدد لمدة عشرين سنة. وخفف العقوبة في حالة إطلاق سراح الشخص المحجوز، أو المختطف طوعاً قبل اكتمال اليوم السابع منذ بدء القبض عليه، حيث جعل العقوبة الحبس خمس سنوات والغرامة التي تصل إلى ٧٥ألف يورو، ماعدا الحالات المنصوص عليها بالمادة ٢٢٤-٢[1] وهي حالات الحجز المصحوبة، بالتعذيب،او منع الشخص من الطعام

---

ses fonctions ou de sa mission, d'ordonner ou d'accomplir arbitrairement un acte attentatoire à la liberté individuelle est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100000 euros d'amende.

Lorsque l'acte attentatoire consiste en une détention ou une rétention d'une durée de plus de sept jours, la peine est portée à trente ans de réclusion criminelle et à 450000 euros d'amende.

(1)Article 224-1 du code pénal :(Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 Journal Officiel du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002)

Le fait, sans ordre des autorités constituées et hors les cas prévus par la loi, d'arrêter, d'enlever, de détenir ou de séquestrer une personne, est puni de vingt ans de réclusion criminelle.

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à cette infraction.

Toutefois, si la personne détenue ou séquestrée est libérée volontairement avant le septième jour accompli depuis celui de son appréhension, la peine est de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende, sauf dans les cas prévus par l'article 224-2.

والشراب وغيرها[١].

وأما في مصر، فقد نص المشرع المصري عل معاقبة الموظف الذي يستغل وظيفته في الاعتداء على الحريات، بيد انه لم يفرق في العقوبة بين الاعتداء على الحرية الواقع من رجال السلطة استغلالاً لوظيفتهم، وبين الاعتداء الواقع من الأفراد بعضهم على بعض.

وفي هذا الخصوص نصت المادة ٢٨٠ من قانون العقوبات المصري على أن: " كل من قبض على أي شخص، أو حبسه، أو حجزه بدون أمر أحد الحكام المختصين بذلك وفى غير الأحوال التي تصرح فيها القوانين واللوائح بالقبض على ذوى الشبهة، يعاقب بالحبس، أو بغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه"[٢].

ثم بينت المادة ٢٨٢ من القانون ذاته الظروف المشددة لعقوبة القبض، حيث جاء فيها بأنه " إذا حصل القبض في الحالة المبينة بالمادة ٢٨٠ من شخص تزيى بدون وجه حق بزى مستخدمي الحكومة أو اتصف بصفة كاذبة أو ابرز أمراً مزوراً مدعيا صدوره من طرف الحكومة. يعاقب بالسجن ويحكم في جميع الأحوال بالأشغال الشاقة المؤقتة على من قبض على شخص بدون وجه حق وهدده بالقتل أو عذبه بالتعذيبات البدنية" .

وأما المشرع اليمني، فقد فرق بين العدوان على حرية الشخص في الغدو والرواح الذي يقوم به رجال السلطة العامة، وبين ما قد يقوم به آحاد الناس، وذلك من حيث العقوبة. حيث نصت المادة ٢٤٦ من قانون العقوبات اليمني؛ على أن " يعاقب بالحبس

---

(١)Article 224-2 du code pénal : " L'infraction prévue à l'article 224-1 est punie de trente ans de réclusion criminelle lorsque la victime a subi une mutilation ou une infirmité permanente provoquée volontairement ou résultant soit des conditions de détention, soit d'une privation d'aliments ou de soins.

Elle est punie de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'elle est précédée ou accompagnée de tortures ou d'actes de barbarie ou lorsqu'elle est suivie de la mort de la victime.

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables aux infractions prévues par le présent article ".

(٢) رفع الحد الأقصى لعقوبة الغرامة بموجب قانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ . نصوص قانون العقوبات، دار الكتب العربية ٢٠٠٦.

مدة لا تزيد على ثلاث سنوات من قبض على شخص، أو حجزه، أو حرمه من حريته بأية وسيلة بغير وجه قانوني، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات، إذا حصل الفعل من موظف عام، أو بانتحال صفته او من شخص يحمل سلاحاً، أو من شخصين، او اكثر، أو بغرض السب، أو كان المجني عليه قاصراً أو فاقد الإدراك، أو ناقصاً، أو كان من شأن سلب الحرية تعريض حياته أو صحته للخطر"[١].

ومما سبق يظهر أن التشريع المصري ،على عكس التشريع الفرنسي واليمني وإن كان قد نص صراحة على قيام المسئولية الجنائية للقبض أو الحبس بدون وجه حق، إلا أنه لم يفرق في المسئولية بين القبض أو الحبس الواقع من فرد على فرد والقبض الواقع من سلطة على فرد.

وقد انتقد بعض رجال الفقه الجنائي - وبحق- مسلك المشرع المصري في التسوية بين القبض، أو الحبس غير المشروع الذي يقوم به رجال السلطة العامة ومن في حكمهم، وبين القبض الذي يقوم به بعض الأفراد على غيرهم، خارج ما هو مصرح به قانوناً. وحجتهم في ذلك، أن القبض أو الحبس الواقع من ممثلي السلطة العامة، ومن في حكمهم والذي يقومون به اعتماداً على وظيفتهم، هو الذي يشكل عدواناً على الحرية الشخصية، بخلاف القبض الذي يقع من آحاد الناس على غيره، فلا يشكل ذلك عدواناً على الحرية الشخصية بالمفهوم الدقيق؛ ذلك أن ممثل السلطة يمنحه القانون القوة المادية والمعنوية التي تمكنه من تطبيق القانون، وبالتالي من السهل عليه أن يرتكب هذه الجريمة تحت مظلة هذه القوة ؛الأمر الذي يشكل خطورة اكبر على الحرية الشخصية، في حين الفرد العادي لا يمكنه أن يوقع عدوانا شبيها بعدوان السلطة العامة إلا فيما ندر[٢].

---

(١) انظر قانون الجرائم والعقوبات اليمني الصادر بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤، مجموعة القوانين الجزائية الموضوعية والإجرائية ، مرجع سابق.

(٢) انظر في ذلك: الدكتور محمد زكي أبو عامر: "الحماية الجنائية للحريات الشخصية"، مرجع سابق، ص٤٥ وما بعدها . الدكتور حسام الدين محمد أحمد: " سلطات القبض في مرحلة ما قبل المحاكمة " ، مرجع سابق ، ص١٨٨. الدكتور ممدوح إبراهيم السبكي : " حدود سلطات مأمور الضبط القضائي في التحقيق" ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨ ، ص ٥٣٩.

وهذا الانتقاد الذي وجهه البعض له وجاهته، فبالإضافة إلى الحجة التي قيلت فإن المعنى الحقيقي للعدوان على أصل البراءة الذي هو الأساس لحماية الحرية الشخصية -كما بينا- هو الواقع من رجال السلطة العامة، أو من في حكمهم، لأن أصل البراءة يخاطب في الأساس رجال السلطة العامة، ورجال القضاء. وبالتالي، فإن القبض أو الحبس الواقع من رجال السلطة العامة بدون وجه شرعي وقانوني، هو إجراء ينتهك بالأساس أصل البراءة الذي يعد الأساس لحماية الحرية الشخصية.

أما القبض أو الحبس الواقع من فرد على فرد- خارج ما هو مسموح به قانونا- فإنه لا يمثل عدوانا على أصل البراءة، بقدر استهدافه الاعتداء على حق الفرد في الغدو والرواح في ذاته. وبالتالي يشكل الاعتداء من قبل رجال السلطة اعتداء على أصل البراءة وعلى حرية التنقل في ذات الوقت. على عكس الاعتداء الواقع من فرد على آخر وإن كان يشكل اعتداءً على حرية التنقل إلا أنه لا يشكل اعتداءً على أصل البراءة.

ثالثاً : أركان جريمة المساس غير المشروع بحرية الشخص في الغدو والرواح:

تنحصر أركان جريمة المساس غير المشروع بحرية الشخص في الغدو والرواح في ركنين هما الركن المادي، والركن المعنوي. وذلك على النحو التالي

١- الركن المادي لجريمة المساس غير المشروع بحرية الشخص في الغدو والرواح:

ينحصر الركن المادي في الاعتداء الواقع على حرية الشخص في الغدو والرواح سواء كان بالقبض على الشخص، أو بحبسه، أو باختطافه، أو بحجزه، أو حرمانه من حريته بأية وسيلة. حيث تشترك هذه الأفعال جميعا في أنها مقيدة للحرية الشخصية في جانب من جوانبها المتصلة بحرية الغدو والرواح.

وغني عن البيان أن إجراء القبض، أو الخطف يستوعبه الحبس، ويستوعبه الحجز، أي إن كل حبس يتضمن القبض والخطف معاً، وأن كل حجز يتضمن كذلك القبض والخطف.

ويفرق بعض رجال الفقه[1] بين القبض والحجز، باعتبار القبض سلوكاً وقتياً

---

(1) انظر : الدكتور محمد زكي ابو عامر " الحماية الجنائية للحرية الشخصية " ، المرجع السابق، ص ٤٨ والمرجع المشار إليه في الهامش رقم ٢. عمر الفاروق الحسيني : " احكام وضوابط الاستيقاف والقبض في القضاء والفقه والتشريع في مصر والكويت" ، مرجع سابق، ص١١٤.

يبدأ وينتهي دون أن يتوقف الأمر على قضاء فترة محددة من الزمن. بينما الحجز سلوك مستمر، لأنه في جوهره قبض مستمر في الزمان لفترة معينة طالت هذه الفترة أم قصرت، ولهذا الفرق أهميته القانونية لحساب التقادم، إذ لا يبدأ بالنسبة للحجز إلا من اليوم الذي يطلق فيه سراح المحجوز.

وفي ضوء ذلك، هناك عدة صور للركن المادي لجريمة الاعتداء غير المشروع على حرية الغدو والرواح سوف نبينها على النحو التالي:

الصورة الأولى: القبض Arrêter أو Arrestation:

القبض هو الصورة الأولى من صور الركن المادي، ويتحقق القبض في كل حالة يتم فيها إمساك الشخص من جسمه وتقييد حريته وحرمانه من الغدو والرواح، وفقا لرغبة من قام بتنفيذه. وبالتالي يسري هذا المفهوم على كل إجراء مشابه للقبض يفتقر لشروط صحته، كما في الاستيقاف والضبط والإحضار والتحفظ[1].

ويكفي أن تتحقق هذه الصورة للقول بأن الفعل الذي أقدم عليه ممثل السلطة يشكل جريمة قبض غير مشروع، حتى ولو تم إطلاق سراح المقبوض عليه فور القبض عليه، أو تبعه حبس أو حجز[2].

وتطبيقاً لذلك، إذا قام مأمور الضبط القضائي بالقبض على شخص ما، دون صدور أمر بذلك من جهة القضاء، أو في غير حالة الجرم المشهود، فإن القبض في هذه الحالة يعد عملاً غير قانوني، وبالتالي تتوفر الصورة الأولى للركن المادي لجريمة القبض غير المشروع.

الصورة الثانية: الخطف " enlèvement "

الخطف صورة من صور القبض غير المشروع، وقد أوردها المشرع الفرنسي في المادة ٢٢٤-١ سالفة الذكر. ولعل مصطلح الخطف يوحي بذاته، أن الفعل غير مشروع، لأنه لا يوجد مصطلح خطف مشروع.

وهو إجراء مشابه للقبض من حيث مدلوله ونطاقه، فهو إمساك الشخص

---

(1) الدكتور حسام الدين محمد أحمد: "سلطات القبض في مرحلة ما قبل المحاكمة"، مرجع سابق ص١٩٠

(2) الدكتور محمد زكي أبو عامر "الحماية الجنائية للحرية الشخصية"، المرجع السابق، ص ٤٨.

وتقييد حريته وحرمانه من الغدو والرواح.

الصورة الثالثة: الحبس détention

وهذه الصورة من حيث النطاق الزمني تعد التالية للقبض، ولا تعني أن الحبس إذا جاء منفصلاً عن القبض لا يكتسب الفعل الصفة الإجرامية، فليس شرطاً أن يكون الحبس، أو الحجز مسبوقا بقبض[1].

فالقبض والخطف والحبس والحجز، أمور تشكل كل واحدة منها جريمة مستقلة بذاتها، سواء من حيث طبيعتها، أو من حيث العناصر المشكلة لها ، وليس شرطاً أن تجتمع كلها. في فعل واحد

٢- الركن المعنوي لجريمة المساس غير المشروع بحرية الشخص في الغدو والرواح:

جريمة المساس غير المشروع بحرية التنقل تعد من الجرائم العمدية، ومؤدى ذلك استبعاد وقوعها بطريق الخطأ، أو الإهمال، مهما بلغت درجة جسامتها[2]. وبالتالي، فإن صورة الركن المعنوي فيها تتمثل في القصد الجنائي العام، ولا تتطلب قصداً جنائيا خاصا، إذ يكفي للقول بتوفر القصد الجنائي أن تتجه إرادة الجاني إلى الاعتداء على الحرية الشخصية للمجني عليه، وذلك بحرمانه من حقه في الغدو والرواح. كما تنصرف إرادة الجاني إلى القيام بفعل أو أكثر من الأفعال التي وردت على سبيل الحصر. وأن تكون إرادته حرة ومميزة. كما ينصرف علمه إلى أن ما يمارسه من نشاط لا يستند إلى أمر قانوني، أو نص قانوني يخوله القيام بصورة، أو أكثر من صور هذا النشاط[3].

وفي المقابل ينتفي القصد الجنائي اللازم لقيام الجريمة، إذا وقع الإجراء غير المشروع خطأ،كأن يكون فاعله قد أخطأ في التحقق من شخصية المقبوض عليه

---

(1) الدكتور حسام الدين محمد احمد: " سلطات القبض في مرحلة ما قبل المحاكمة "، مرجع سابق ص١٩١.

(2) انظر : الدكتور قدري عبد الفتاح الشهاوي: " جرائم السلطة الشرطية" ، النهضة المصرية ، بدون تاريخ، ص٥٤. عمر الفاروق الحسيني : " أحكام وضوابط الاستيقاف والقبض في القضاء والفقه والتشريع في مصر والكويت" ، مرجع سابق، ص١١٤.

(3) الدكتور حسام الدين محمد احمد: " سلطات القبض في مرحلة ما قبل المحاكمة " ، مرجع سابق ، ص١٩٢.

بحسن نية، ففي هذه الحالة تنتفي عنه المسئولية الجنائية، وإن كان ذلك لا يمنع من قيام المسئولية الإدارية والمدنية على فاعله. وهذا ما قررته محكمة النقض المصرية بقولها: إن" القضاء بالبراءة لعدم العقاب على واقعة القبض بدون وجه حق،لا يؤدي حتماً إلى انتفاء المسئولية، ولا يمنع أن تكون نفس هذه الواقعة فعلاً خاطئا ضاراً يوجب فاعله بتعويض الضرر"[1].

ونخلص مما سبق إلى أن الاعتداء على الحرية الشخصية وأصل البراءة، يقع من ممثلي السلطة عند استغلال الصلاحيات المقررة لهم في القبض على الأشخاص أو حبسهم، ثم قيامهم بأعمال تعسفية -أثناء أدائهم لوظيفتهم- تمس بالحرية الشخصية.

وغني عن البيان أن الفعل التعسفي الذي يقوم به للوظف من الممكن أن يخضع لأكثر من نص تجريمي، كأن يشكل فعله جريمة قبض غير مشروع، أو حبس غير مشروع، أو جريمة العنف ضد المواطنين، كما هو الحال في التشريع الفرنسي في المواد: " ٢٢٢-٨ ، ٢٢٢-١٠، ٢٢٢-١٢ ، ٢٢٢-١٣ "، من قانون العقوبات الفرنسي، الصادر عام ١٩٩٤[2]

المبحث الثالث

الجزاءات المدنية

تأخذ الجزاءات المدنية - بشكل عام- صورة التعويض المادي، و تشكل الجزاءات المدنية إحدى الجزاءات [3] الناجمة عن الإخلال بالحق في أصل البراءة، وما يرتبط به من ضمانات. ويكون هذا الإخلال بخرق الضمانات التي كفلها القانون لحماية حقوق وحريات الشخص المشتبه فيه أو المتهم في ارتكاب جريمة.

---

(1) نقض ١٧ ابريل ١٩٥٦ ، مجموعة احكام النقض ، ١٤١٢س ٢٥ ق مشار إليه في كتاب الدكتور قدري عبد الفتاح الشهاوي: " جرائم السلطة الشرطية" ، النهضة المصرية ، بدون تاريخ، ص٥٤.

(2) انظر تفصيلاً : استاذنا الدكتور محمد أبو العلا عقيدة : " الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد ، ط٢٠٠٤ ، دار النهضة العربية. وانظر الدكتور عمرو ابراهيم الوقاد: " التحفظ على الأشخاص " مرجع سابق، ص١٩٨.

(3) وهو جزاء يترتب على مخالفة أصل البراءة في مرحلة التحقيق ومرحلة المحاكمة

ويجد هذا الجزاء مصادره في المعاهدات الدولية[1] والدساتير[2] والقوانين لدي العديد من البلدان المتحضرة.

ولا شك، أن الجزاءات المدنية تكون عندما يتبين وجود خطأ جسيم ارتكبه القائمون بأعمال الإجراءات الجنائية أثناء تأديتهم للإجراءات الجنائية، مما سبب إحداث ضرر للشخص محل الإجراء المخالف، يستحق بموجبه التعويض.

ولكن التساؤل الذي يطرح ذاته هو: هل يحق للشخص الذي قيدت حريته، ثم اطلق سراحه لعدم ثبوت التهمة عليه بأن يطالب بالتعويض جراء ذلك؟

يرى البعض أنه ليس من حق هذا الشخص المطالبة بالتعويض عن تلك الإجراءات ، وأرجع ذلك إلى قصر مدة تلك الإجراءات[3] .

ولكن الملاحظ أن المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان عندما أدانت فرنسا بعدم احترام أصل البراءة في قضية السيد توماسي في ٢٧ أغسطس١٩٩٢ [4] حكمت للمذكور بالتعويض عن مدة الثمان وأربعون ساعة التي قضاها تحت التحفظ[5] .وهذا ما دفع بالمشرع الفرنسي إلى الإسراع في إدخال إصلاح تشريعي بداه في ١٩٩٣ ، ثم أعقبه

---

(1) حيث تنص المادة التاسعة الفقرة رقم خمسة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية على أن " لكل شخص كان ضحية توقيف أو اعتقال غير قانوني الحق في الحصول على تعويض". ويقابل ذلك نص المادة الخامسة الفقرة الخامسة من الاتفاقية الأوربية لحقوق المواطن وحرياته الأساسية.

(2) فمثلاً، الدستور اليمني ينص في المادة ٤٨ فقرة هـ على انه " يحدد القانون عقاب من يخالف اي من فقرات هذه المادة(وهي تتعلق بضمانات الحرية الشخصية والحفاظ على كرامة الإنسان وتشمل ضمانات القبض المؤقت والحبس والحجز وحظر التعذيب..) كما يحدد التعويض المناسب عن الأضرار التي قد تلحق بالشخص من جراء المخالفة ويعتبر التعذيب الجسدي أو النفسي عند القبض أو الاحتجاز أو السجن جريمة لا تسقط بالتقادم ويعاقب عليها كل من يمارسها أو يامر بها او يشارك فيها ". وتنص المادة ٥٧ من الدستور المصري على أن " كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم وتكفل الدولة تعويضا عادلا لمن وقع عليه الاعتداء".

(3) انظر : الدكتور إدريس عبد الجواد عبد الله بريك : " ضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال" ، دار الجامعة الجديدة للنشر ،٢٠٠٥، ص٦٨١ وما بعدها . وانظر :

Jean pradel : " la protection des droit de l'homme au cours de la phase préparatoire du processus pénal", op.cit.p229.

(4)انظر ما سبق في الباب الأول.

(5)Capron Céeile:" Le Rôle de l'avocat lors de la garde à vue"op. cit. p8 . Christophe Hubert: " le nouveau droit de la garde à vue op.cit. p.77.

تشريعات اخرى- كما بينا سبقاً-، حيث اضحى بموجب تلك التعديلات، انه من حق الشخص الذي اتخذت ضده إجراءات مقيده للحرية في مرحلة الاستدلال او التحقيق أن يحصل على تعويض في حالة الإساءة أو التعسف في استعمال السلطة من قبل ممثلي السلطة، لما يشكله ذلك من اعتداء على أصل البراءة.

ويبرز ذلك فيما قرره المشرع الفرنسي في المادة التمهيدية التي أضافها على قانون الإجراءات الجنائية بموجب قانون تدعيم " قرينة " البراءة لسنة٢٠٠٠ ، حيث ورد في الفقرة الثالثة على أن " كل شخص مشتبه فيه أو ملاحق جنائيا تفترض براءته، طالما لم تثبت إدانته بعد .والاعتداءات على قرينة البراءة سيتم ملاحقتها والتعويض عنها و العقاب عليها وفقا للشروط التي يقرره القانون"[١].

وقد سبق القول: إن المشرع الفرنسي في سبيل حمايته المدنية لأصل البراءة، لم يقف عند حدود الجزاء المدني الذي يلحق ممثلي السلطة إذا ما ثبت إساءتهم أو تعسفهم في استعمال السلطة وتسبب في إحداث ضرر للشخص محل الإجراء مما يستوجب تعويضه، وإنما يمتد نطاق الحماية المدنية لأصل البراءة لتشمل الاعتداءات على أصل البراءة من قبل وسائل الإعلام المقروءة والمسموعة والمرئية، وهذا ما اكده المشرع الفرنسي في المادة ٩-١ من التقنين المدني الفرنسي - بعد تعديلها-[٢] وذلك عندما تتخذ ضد الشخص المشتبه فيه بعض الإجراءات الجنائية، ويقدم علانية قبل أن تلحقه أية إدانة بوصفه مذنباً بوقائع محلاً للاستدلالات والتحقيق القضائي.

---

(١) III. - Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi.

Elle a le droit d'être informée des charges retenues contre elle et d'être assistée d'un défenseur. ...

(٢)Article 9-1 du code civil " ... Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence.

Lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte.

وانظر تفصيلاً: الدكتور اسامة ابو الحسن مجاهد:مرجع سابق، ص٤٩ وما بعدها.

وفي هذا الصدد ، قضت المادة ٩-١ مدني في فقرتها الثانية - بعد تعديلها - على انه" إذا عرض الشخص المشتبه فيه علانية قبل صدور حكم بإدانته بحسبانه مرتكبا للفعل محل الاستدلال او التحقيق القضائي، يجوز للقاضي، ولو بدعوى مستعجلة - دون الإخلال بالتعويض عن الضرر المتحقق-أن يتخذ كافة الإجراءات اللازمة، كنشر تصويب أو توزيع بيان بغرض الحد من الاعتداء على أصل البراءة وذلك على نفقة الشخص الطبيعي أو المعنوي المسئول عن هذا الاعتداء"[1].

ونطالب المشرعين المصري واليمني، أن يبسطا حماية مدنية لأصل البراءة من جراء العدوان الذي قد يقع من رجال السلطة العامة، او مأموري الضبط القضائي، أو من قبل وسائل الإعلام، عندما تتحدث عن الشخص بما يوحي انه مدان قبل أن يقول القضاء كلمته الفصل بالإدانة.

---

(١) انظر النص السابق للمادة ٩-١ الفقرة الثانية من القانون المدني الفرنسي.



الباب الثالث

حماية أصل البراءة أثناء سير العدالة الجنائية

تمهيد وتقسيم:

إذا كان الهدف من إقامة العدالة الجنائية هو الوصول إلى الحقيقة لضمان تطبيق قانون العقوبات وتعويض المضرور من الجريمة ، فإنه لا يجوز الوصول إليها إلا من خلال إجراءات قانونية منصفة تحترم كافة الضمانات المكفولة للمتهم، وبما يحقق التوازن المنشود بين حماية المصلحة العامة، وضمان حقوق وحريات المتهم[1].

ولا شك أن أصل البراءة يعد مفترضاً أولياً لإدارة العدالة الجنائية- كما قضت بذلك المحكمة الدستورية العليا في مصر-[2]، إذ من خلاله يمكن توفير الأمن لكل فرد في مواجهة التحكم والتسلط.

وتستوجب حماية أصل البراءة ثناء إدارة العدالة الجنائية توفر جملة من الضمانات التي يجب أن تسري عليها الخصومة الجنائية. ومن تلك الضمانات ما يحكم الخصومة الجنائية بجميع مراحلها (الاتهام، والتحقيق، والمحاكمة). ومن الضمانات ما هو خاص بمرحلة المحاكمة.

وسوف نخصص هذا الباب لأهم الضمانات التي تعد لازمة لحماية أصل البراءة أثناء سير العدالة الجنائية في مرحلتي التحقيق والمحاكمة. مستبعدين من نطاقها ما تم تناوله في الباب السابق المتعلقة بحماية أصل البراءة في مواجهة الإجراءات الماسة بالحرية كما نستبعد من نطاقها حماية أصل البراءة أثناء تداول الدليل الجنائي مرجئين ذلك للباب الرابع. ونقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول على النحو التالي:

الفصل الأول : حماية أصل البراءة أثناء مباشرة الاستجواب

الفصل الثاني : حماية أصل البراءة خلال التحقيق الابتدائي

الفصل الثالث : حماية أصل البراءة أثناء المحاكمة

---

(1) انظر: استاذنا الدكتور احمد فحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري"، ط ٢٠٠٤، مرجع سابق، ص ٤٢٤.

(2) راجع : حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، في جلسة ٢ فبراير ١٩٩٢، في القضية رقم ١٣ لسنة ١٢ قضائية " دستورية ". مجموعة احكام المحكمة الدستورية ، الجزء الخامس ، المجلد الأول ، ص ١٦٨.

الفصل الأول

حماية أصل البراءة أثناء مباشرة الاستجواب

تمهيد وتقسيم:

بداية يمكن القول بأن الاستجواب يتضمن مناقشة المتهم تفصيلاً عن التهمة الموجهة إليه، ومواجهته بالأدلة القائمة ضده إثباتاً أو نفياً، كمحاولة للكشف عن الحقيقة[1]، ويعد ذلك من إجراءات التحقيق الذي تتولاه الهيئة المختصة بالتحقيق نفسها.على عكس سؤال المتهم، الذي هو مجرد طرح السؤال على المتهم، ومطالبته بالرد على ذلك، وإبداء ما يشاء من أقوال في شأنها. وهو بذلك من إجراءات الاستدلال.

والغاية من الاستجواب ليست فقط جمع الأدلة، وإنما وسيلة دفاع رئيسية للمتهم. ولذلك قيل: إن الاستجواب ذو طبيعة مزدوجة فهو من ناحية إجراء تحقيق ومن ناحية أخرى وسيلة من وسائل الدفاع، بل إن صفة الدفاع هي الغالبة، لأنه يهدف أساساً إلى مواجهة المتهم وتلقي دفاعه[2].

ونظراً لخطورة هذا الإجراء على أصل البراءة، وذلك بما قد ينجم عنه من تأثير على مركز المتهم، إذ قد ينتج عنه اتخاذ إجراءات في غير مصلحة المتهم، وتمس بحقه في أصل البراءة، ومن ذلك حبسه احتياطياً لمدة قد تطول،او تقصر حسب ظروف القضية ودرجة تعقيدها[3].فقد اقتضى الأمر وضع ضمانات تحمي أصل البراءة في المتهم أثناء الاستجواب.

ومن أهم الضمانات التي ينبغي كفالتها أثناء مباشرة الاستجواب: كفالة حق الشخص في الاستعانة بمدافع وحق الشخص في الصمت وعدم إدانة النفس.

المبحث الأول: كفالة الحق في الاستعانة بمدافع

المبحث الثاني: الحق في الصمت وعدم إدانة النفس

---

(1) راجع تفصيلاً: الدكتور محمد سامي النبراوي: " استجواب المتهم "، رسالة دكتوراه، ١٩٦٨. الدكتور فوزية عبد الستار: " شرح قانون الإجراءات الجنائية "، مرجع سابق ، ص٣٥٢. استاذنا الدكتور محمد ابو العلا عقيدة : " شرح قانون الإجراءات الجنائية" ، مرجع سابق ، ص٤٤٨ وما بعدها. الدكتور عوض محمد عوض: " المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية "، منشأة المعارف ، ٢٠٠٢ ، ص ٤١٦ وما بعدها.

(2) راجع في ذلك تفصيلاً : الدكتور هلالي عبد اللاه أحمد: " حقوق الدفاع في مرحلة ما قبل المحاكمة بين النمط المثالي والنمط الواقعي "، دار النهضة العربية ،ط ٢٠٠٠ ، ص٣٥ وما بعدها.

(3) الدكتور أحمد إدريس أحمد، " افتراض براءة المتهم"، مرجع، سابق، ص ٥١٨.

المبحث الأول

كفالة الحق في الاستعانة بمدافع

تمهيد وتقسيم:

يعد حق المتهم في الاستعانة بمدافع، أحد فروع حقوق الدفاع، حيث يتسع هذا الأخير ليشمل الحق في الصمت، وحق العدول عن الأقوال. ومن ثم، فإن حق الاتصال بمدافع، هو من الحقوق الممهدة والمتممة لحقوق الدفاع[1].

ويرتبط هذا الحق ارتباطاً وثيقاً بأصل البراءة، إذ إن كفالة الاستعانة بمدافع يعد وسيلة رئيسية لضمان حماية الحق في أصل البراءة المكفول لكل من يشتبه فيه، أو يتهم بارتكاب أفعال جنائية. وبالتالي، فإن ضمان هذا الحق هو ضمان لأصل البراءة[2].

ولذلك يعد الإخلال بحق المتهم في الاستعانة بمدافع إخلالاً بأصل البراءة ، مما يخل بالقواعد المبدئية التي تقوم عليها المحاكمة المنصفة ومصادماً للمفهوم الصحيح لإدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأن " ضمانة الدفاع هي التي اعتبرها الدستور ركناً جوهرياً في المحاكمة المنصفة التي تطلبها في المادة ٦٧ منه كإطار للفصل في كل اتهام جنائي، تقديراً بأن صون النظام الإجتماعى ينافيه أن تكون القواعد التي تقررها الدولة في مجال الفصل في هذا الإتهام مصادمة للمفهوم الصحيح لإدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة، و انطلاقا من أن إنكار ضمانة الدفاع أو فرض قيود تحد منها، إنما يخل بالقواعد المبدئية التي تقوم عليها المحاكمة المنصفة، و التي تعكس نظاماً متكامل الملامح يتوخى صون كرامة الإنسان و حماية حقوقه الأساسية، و يحول بضماناته دون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجها عن اهدافها. كما ينال الإخلال بضمانة الدفاع من أصل البراءة، ذلك أن افتراض براءة المتهم من التهمة الموجهة إليه يقترن دائماً من الناحية الدستورية - و لضمان فعاليته - بوسائل إجرائية إلزامية تعتبر كذلك - و من ناحية أخرى - وثيقة الصلة بالحق في الدفاع، وتتمثل في حق المتهم في مواجهة الأدلة التي قدمتها النيابة العامة إثباتاً للجريمة،والحق في دحضها بأدلة النفي التي يقدمها، و هو ما جرى عليه قضاء هذه

---

(1) انظر تفصيلا في هذا الحق، الدكتور محمود أحمد طه: " حق الاستعانة بمحام اثناء تحقيقات الشرطة "، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، ص

(2)انظر: أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور : " القانون الجنائي الدستوري "، مرجع سابق، ص٤١٨.

المحكمة وقررته النصوص الصريحة للتعديل السادس للدستور الأمريكي والمادة ٦ من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان"[١].

ومما لا شك فيه أن تحقيق العدالة تقوم على أساس إدانة المذنب، وليس إدانة أي شخص[٢]. ولهذا فإن تواجد المدافع يعطي للشخص المشتبه فيه أو المتهم الإحساس بالهدوء والاستقرار النفسي[٣]، ذلك أن الإنسان عندما يوضع في دائرة الشبهة والاتهام يحدث عنده اضطراب في الذهن وتشتت في التفكير، مما قد يتسبب في عجزه عن الدفاع عن نفسه[٤].

ويؤدي هذا الحق دوراً مهماً في توجيه رجال الضبط القضائي ورجال التحقيق والقضاء في اتخاذ إجراءات تتفق مع الدستور والقانون، حيث يجعل من المحامي رقيباً على سير الإجراءات الجنائية.

وعلى هذا الأساس قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بان " حق الدفاع ضمانة لازمة كلما كان حضور المحامي ضرورياً كرادع لرجال السلطة العامة إذا عمدوا إلى مخالفة القانون، مطمئنين إلى انتفاء الرقابة على أعمالهم أو غفوتها.. عدم اقتصار قيمتها العملية على مرحلة المحاكمة وحدها، بل تمتد مظلتها إلى المرحلة السابقة عليها - سواء أثناء التحقيق الابتدائي أو قبله -، فقد تحدد نتيجة هذه المرحلة المصير النهائي للمتهم...والمتهم بجناية عادة ما يكون مضطرباً مهدداً بإدانته بارتكابها إذا افتقد المعاونة الفعالة من محامٍ له "[٥]

ولا أدل على أهمية هذا الحق بوجه عام، من أنه احتل مكانة عالمية، وذلك بالتأكيد عليه في الاتفاقيات والمواثيق الدولية[٦]، وكفلته العديد من الدساتير

---

(١) انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم ٦ في ١٦ مايو ١٩٩٢ في القضية رقم ٢٥ لسنة ٨ قضائية " دستورية" مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، الجزء الخامس ، المجلد الأول ، ص ٣٤٤ ، رقم ٢٧.

(٢) الدكتور محمود احمد طه :" حق الاستعانة بمحام أثناء تحقيقات الشرطة ، مرجع سابق ، ص١٠١ .

(٣)Rebouillat:Conférence sur :"La présence de l'avocat pendant la garde à vue". http://membres.lycos.fr/elsalyon/conf/gav.htm

(٤) الدكتور حاتم بكار: " حماية حق المتهم في محاكمة عادلة "، مرجع سابق، ص٢٤٨.

(٥) حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٦ مايو ١٩٩٢م الطعن رقم ٦ لسنة ١٣ ق " دستورية" سبق الإشارة إليه.

(٦) انظر في ذلك : المبدأ الخامس من المبادئ الأساسية الخاصة بدور المحامين الذي أقرته الأمم المتحدة، حيث نص على أن " تضمن الحكومات قيام السلطة المختصة، فوراً، بإبلاغ جميع الأشخاص بحقهم في أن يتولى تمثيلهم ومساعدتهم محام يختارونه لدى إلقاء القبض عليهم، أو احتجازهم، أو سجنهم، أو لدى اتهامهم بارتكاب مخالفة جنائية."

والتشريعات الإجرائية المعاصرة.

وللدراسة ضمان هذا الحق، سوف نقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب: نتطرق في المطلب اول إلى كفالة التشريع الإسلامي للحق في الاستعانة بمدافع. ثم في المطلب الثاني نتناول كفالة حق الاستعانة بمدافع في المواثيق الدولية كمصدر من مصادر حماية أصل البراءة. . وفي المطلب الثالث: نتطرق إلى مدى كفالة حق الاستعانة بمدافع في مرحلة جمع الاستدلالات في القانون المقارن. و أخيراً في المطلب الرابع، نتناول ضمان حق الاستعانة بمدافع في مرحلتي التحقيق والمحاكمة

المطلب الأول

كفالة التشريع الإسلامي للحق في الاستعانة بمدافع

أولا : كفالة الحق في الاستعانة بمدافع بوجه عام:

إن المتتبع للنظام التشريعي الإسلامي سوف يستشف منه ما يدلل على أن هذا التشريع، قد كفل للشخص المشتبه فيه أو المتهم، بالحق في الدفاع عن نفسه، وألزم السلطة القضائية، أن تقيم له دفاعاً، دون أن يطلب ذلك، إذا اقتضت ظروف الدعوى ذلك[1].

وأسوق في هذا المقام جزءاً يسيراً، مما تمتلئ به كتب الفقه الإسلامي من الشواهد التي تدلل على الأخذ بهذا الحق. وتأتي في مقدمة هذه الشواهد التي يمكن أن نستخلص منها الحق في الاستعانة بمدافع، ما طلبه موسى عليه السلام من ربه أن يرسل معه هارون يستعين به في دفع التهمة الموجهة إليه. إذ قال -تعالى- على لسان موسى عليه السلام: ﴿قَالَ رَبِّ إِنِّي قَتَلْتُ مِنْهُمْ نَفْسًا فَأَخَافُ أَن يَقْتُلُونِ وَأَخِي هَارُونُ هُوَ أَفْصَحُ مِنِّي لِسَانًا فَأَرْسِلْهُ مَعِيَ رِدْءًا يُصَدِّقُنِي إِنِّي أَخَافُ أَن يُكَذِّبُونِ﴾[2].

ويمكن الاستناد إلى هذه الآية للقول بجواز حق الاستعانة بمن تتوفر فيه القدرة على عرض الحجج لفصاحته وتمكنه من حسن العرض،كما قال تعالى: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ

(1) الدكتور خيري احمد الكباش: " الحماية الجنائية لحقوق الإنسان"، مرجع سابق، ص٦١٧.
(2) سورة القصص الآيتين: ٣٣-٣٥ .

الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ بِالْبَيِّنَاتِ ﴾[1]. ولفظ البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره[2].

وفي الحديث الشريف المروي عن زينب بنت أم سلمة عن أم سلمة قالت: قال رسول الله ﷺ: «إِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ وَإِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ (أي أفصح ببيان حجته) مِنْ بَعْضٍ، فَإِنْ قَضَيْتُ لأَحَدٍ مِنْكُمْ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ، فَلا يَأْخُذْ مِنْهُ شَيْئًا »[3]. وهذا الحديث يؤكد على أهمية عرض الحجج في اقتضاء الحقوق، فقد يكون سوء العرض سبباً في ضياع الحق، وأن المتخاصمين ليسوا جميعهم قادرين على عرض حججهم مما يجوز معه الاستعانة بمن هو أقدر في عرضها حتى لا تضيع الحقوق.

ومن الأسانيد التي تؤكد حرص التشريع الإسلامي على كفالة الحق في الاستعانة بمدافع منذ الوهلة الأولى لإجراءات الخصومة الجنائية، ما ورد في كتاب سياسة القضاء الذي كتبه عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قائلاً له -بما مفاده: " **فافهم إذا أدلى إليك الخصمان**، (والفهم إصابة الحق،ومعناه عليك ببذل المجهود في إصابة الحق إذا أدلي إليك، وقيل: معناه اسمع كلام كل واحد من الخصمين ، وافهم مراده)، **وآس بين الناس في وجهك، ومجلسك وعدلك، وادن الضعيف حتى يشتد قلبه، وينبسط لسانه**،(ولم يرد بهذا الأمر تقديم الضعيف على القوي وإنما أراد الأمر بالمساواة؛لأن القوي يدنو بنفسه لقوته والضعيف لا يتجاسر على ذلك). **والقوي يتكلم بحجته، وربما يعجز الضعيف عن ذلك، فينكسر قلبه. فعلى القاضي ان يدني الضعيف ليساويه بخصمه حتى يقوى قلبه وينبسط لسانه فيتكلم بحجته**"[4]. ويستدل من تلك القواعد انه يجوز للمدعى عليه أن يستعين بمن هو أقدر على بسط حججه ودرء التهمة عنه. حيث رجحت هذه القواعد في المقام الأول حقوق المدعى عليه لرجحان جانبه القائم على ان الأصل براءة الذمة والأصل في المتهم البراءة، حتى تقوم الحجة عليه بشكل يقيني، ويصدر في حقه حكم يدينه.

---

(1) سورة النحل الآيتين ٤٣-٤٤ .
(2) إعلام الموقعين، لابن القيم جـ١ ص ٩٠.
(3) صحيح البخاري، للإمام البخاري، المجلد الأول، كتاب الشهادات- الحديث رقم ٢٤٨٣، دار القلم بيروت لعام ١٩٨٧.
(4) المبسوط، للسرخسي، جـ١٦ ص ٦٠-٦٣.

وهناك نظرية هامة أقامها رجال الفقه الإسلامي، وهي "**التوكيل بوجه عام والتوكيل في الخصومة على وجه الخصوص**"[1]، حيث أجاز فقهاء المسلمين حق الشخص في التوكيل بالخصومة في كثير من المسائل. واستندوا في مشروعيتها على عدة مبررات: منها قيام موانع مرضية، أو سفر، ونحوه. فإذا كان الموكل الذي عليه الدعوى مريضاً. أو على سفر، فهو في حالة عجز عن التداعي والرد على حجج مدعيها. فلو لم يكن له حق التوكيل، لضاعت حقوقه. كما أن هناك من لا يحسن عرض أوجه دفعه بشكل سليم، وقد تكون المدعى عليها امرأة تستحي عن الحضور لمحافل الرجال. وعن القدرة على الخصومة، فيضيع بذلك حقها[2].

ولا يقف الأمر عند حدود توافر المبرر للتوكيل في الخصومة، بل إن بعض فقهاء الشريعة الإسلامية أجاز الوكالة دون اشتراط عذر قائم بالموكل، ولم يشترط رضا الخصم، إلا في الإقرار والإنكار[3]. وحجتهم قول الله تعالى: ﴿كُونُواْ قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ﴾[4]، ومن القيام بالقسط طلب كل ذي حق حقه، ومعنى ذلك أنه يجوز التوكيل في الخصومة. أما الإقرار. أو الإنكار فلا يجوز التوكيل فيهما[5].

وهكذا يتبين أن الوكالة في الخصومة جائز لدى رجال الفقه الإسلامي.

وليس من شك، أن لفظ الوكالة بالخصومة ينصرف بمفهومه في الوقت الراهن إلى المحامي الذي يدافع عن موكله. وبالتالي فليس هناك من فرق بين اللفظين، أي بين لفظ الوكالة والمحاماة، ما دامت الغاية هي تقييم الغير مقام النفس، وطالما كان الغير لديه القدرة في تولى مهمة الدفاع عن الشخص في مواجهة الإجراءات القضائية.

ومن ناحية أخرى هناك اعتبارات السياسية الشرعية[6] التي تترك لولي الأمر

---

(1) الوِكَالَةُ بفتح الواو وكسرها و التَوَكُلْ إظهار العجز والاعتماد على الغير، و اتَّكَلَ على فلان في أمره إذا اعتمده ووَكَلَهُ إلى نفسه ويراد بالوكالة في الاصطلاح الشرعي، تفويض شخص أمره لآخر وإقامته مقامه انظر: مختار الصحاح جـ١ ص ٣٠٦، بدائع الصنائع، للكاساني، جـ ٦ ص ١٩.

(2) بدائع الصنائع للكاساني جـ٦ ص٢٢.

(3) لا يجوز عند بن حزم التوكيل على الإقرار والإنكار اصلا، لأنه لا يجوز إنكار احد عن احد ولا إقرار احد على احد ولا بد من قيام البينة عند الحاكم على إقرار المقر نفسه او إنكاره وبرهان ذلك قول الله تعالى: (وَلاَ تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلاَّ عَلَيْهَا وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى)الأنعام الآية رقم ١٦٤.

(4) سورة النساء الآية رقم ١٣٥. و قائمين بالقسط أي بالعدل شهداء بالحق لله. انظر: كتاب المحلى، لابن حزم الظاهري، دار الآفاق الجديدة بيروت، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، جـ٩، ص٣٦٦.

(5) المحلى لابن حزم الظاهري، جـ٩ ص٣٦٦.

(6) وفقه السياسة الشرعية هو أحد جوانب فقهنا الإسلامي الرحب الذي يستوعب الحياة الإنسانية كلها. فهو ينظم علاقة الفرد بخالقه وعلاقته بأسرته وعلاقته بالمجتمع وعلاقته بالدولة وكذلك

إقرار ما يتمشى مع المصالح المعتبرة، التي تقوم على أساس جلب المصالح ودرء المفاسد[1].

ثانياً: كفالة حق الاستعانة بمدافع في مرحلة الاستدلالات:

القواعد العامة التي وضعها التشريع الإسلامي- والتي سقنا جزءاً منها-، ليس فيها ما يمنع من السماح للشخص بالاستعانة بمدافع في مرحلة جمع الاستدلالات، وفي غيرها من مراحل الدعوى الجنائية،لأن كفالة حق المشتبه فيه، أو المتهم في الاستعانة بمدافع، يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية، التي قال بها فقهاء الشريعة[2]. فالشارع الحكيم لا يشرع شيئاً إلا فيه مصلحة للخلق أفراداً وجماعات، ورفع الحرج عنهم، وجلب المنافع لهم، ودرء الأضرار والمفاسد عنهم.

وفي ذلك يقول ابن القيم- في كلامه عن أحكام التشريع الإسلامي-: " عدل كلها، رحمة كلها، مصلحة كلها..."[3].

ولا غرو أن من مبادئ العدالة التي تضمنها أحكام التشريع الإسلامي ان الأصل براءة الذمة "، و "لأصل في الإنسان البراءة " وهذه المبادئ تقضي بكفالة حق المشتبه

- علاقة الدولة بالفرد. فالشريعة الإسلامية شريعة شاملة ومتجددة مع تجدد الزمان والمكان، وليست قوالب جامدة مع عدم الخلط بين الجوانب الثابتة المتمثلة بالعقائد والعبادات، أو ما يطلق عليها الأصول، وبين التنظيمات الحياتية الأخرى،أو ما يطلق عليها الفروع، وهذه الفروع هي التي تتغير بتغير الزمان والمكان وتتفهم الواقع المعاصر، وتعالج مشكلاته في إطار المقاصد الكلية للشريعة الإسلامية حتى يكون شرعا عاما ودائما للأمة حتى يرث الله الأرض ومن عليها .والسياسة الشرعية تناولها فقهاؤنا الإجلاء على مختلف مذاهبهم واتجاهاتهم القدامى منهم والمحدثين. فقديما على سبيل المثال " الأحكام السلطانية" للماوردي . و"السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية" لأبن تيمية .و" الطرق الحكمية في السياسة الشرعية" لابن القيم...ومن الفقهاء المعاصرين على سبيل المثال: الدكتور علي جريشة " المشروعية العليا في الإسلام" . والدكتور يوسف القرضاوي " السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها".والدكتور محمد عمارة " الإسلام والسياسة والسلطة العلمانية". ..وغيرهم.

(1) ويعد فقه الموازنات بين المصالح والمفاسد من مرتكزات فقه السياسة الشرعية وهو أحوج ما يكون له رجال الفقه وولي الأمر عندما يجد نفسه امام أمرين تتعارض فيهما المصالح بعضها مع بعض، أو المفاسد بعضها مع بعض أو المصالح والمفاسد بعضها مع بعض فأيهما يقدم وأيهما يؤخر ؟ وعلى أي أساس يرجح وما هي معايير الترجيح ؟ وقد بينا سابقاً أن من القواعد الأساسية في فقه الشريعة الإسلامية: " أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح" وأن جلب المصالح الكبرى مقدمة على درء المفاسد اليسيرة المغتفرة"، وتقبل المفسدة الكبرى إذا كانت إزالتها تؤدي إلى ما هو اكبر منها. وأن المصلحة العليا مقدمة على المصلحة الدنيا وأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة على أن يعوض صاحب المصلحة الخاصة لما أصابه من ضرر وتغليب المصلحة المتيقنة على المصلحة المظنونة. انظر الأشباه والنظائر لابن منظور وانظر الدكتور يوسف القرضاوي : " السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها ، مكتبة وهبة، ط١ ١٤١٩-١٩٩٨. ص٢٠٢.

(2)إعلام الموقعين عن رب العالمين ، لابن القيم الجوزية ، جـ ٣ ، ص ٩٨ وما بعدها.

(3)إعلام الموقعين عن رب العالمين ، لابن القيم ، مرجع سابق ، ص ٩٨ .

فيه، أن يستعين بمدافع، ما دامت هناك إجراءات من شأنها أن تعرض الحقوق والحريات للخطر، وما دامت هناك أسباب نفسية تقف حائلاً، دون تمكين الشخص من أن يتولى دفع الشبهات عن نفسه، حيث يكون غالباً في وضع ذهني مشوش، ضعيف القلب، منقبض اللسان لا يستطيع أن يتكلم بفصاحة بيان، وبأقوى حجة،مما قد يسيء إلى مركزه في الدعوى.

وما من شك، أن استعانة الشخص في مرحلة الاستدلال بمدافع يحقق له ذلك قدراً من الهدوء النفسي، و يبعث فيه الشعور بالطمأنينة والرضا، ويدرا عنه المفاسد وفي ذات الوقت يحقق مصلحة المجتمع المتمثل في، ألا يدان بريء، وألا يفلت مجرم من العقاب.

و الاستعانة بمدافع لا تحقق فقط الصالح الخاص للشخص المشتبه فيه، وإنما تحقق في ذات الوقت الصالح العام للمجتمع. باعتبار أن هذه الاستعانة ستساعد القضاء في إظهار حكم الشرع في الواقعة المعروضة[1] .

المطلب الثاني

الضمانات التي كفلتها المواثيق الدولية للحق في الاستعانة بمدافع

كفلت المواثيق الدولية حق الشخص في الاستعانة بمدافع في كافة مراحل الإجراءات الجنائية . واعتبرتها من نتائج أصل البراءة في المتهم. ومن أهم الضمانات التي كفلتها المواثيق الدولية، ما يلي:

أولا : إخطار المتهم بحقه في الاستعانة بمدافع:

من أهم الحقوق التي ينبغي أن يعرفها كل شخص يقبض عليه، أو يحتجز ،أو توجه له تهمة أو تتخذ ضده إجراء من إجراءات التحقيق الجنائي، أن من حقه الاستعانة بمدافع، وينبغي أن يخطر بذلك فور القبض عليه، أو احتجازه، أو عندما يوجه له الاتهام بارتكاب جريمة.وهو ما أكدته اللجنة المعنية بحقوق الإنسان كما أسلفنا.

وقد نص المبدأ الخامس من المبادئ الأساسية الخاصة بدور المحامين، على أن "

---

(1) راجع : الدكتور هلالي عبد اللاه أحمد: " حقوق الدفاع في مرحلة ما قبل المحاكمة ..."، مرجع سابق، ص١٤٥ وما بعدها . الدكتور محمود صالح محمد العادلي: " حق الدفاع أمام القضاء الجنائي - دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ١٩٩٠/١٩٩١، ص٢٥٦.

لكل شخص الحق في طلب المساعدة من محام يختاره بنفسه، لحماية حقوقه، وإثباتها، وللدفاع عنه في جميع مراحل الإجراءات الجنائية"[1].

ونص المبدأ ١/١٧ من مجموعة المبادئ على أن" ويحق للشخص الموقوف، أن يحصل على مساعدة محام. وتقوم السلطة المختصة بإبلاغه بحقه هذا فور القبض عليه وتوفر له التسهيلات المعقولة لممارسته"[2].

ثانياً: حق المتهم في أن يختار محاميه:

نظراً لما لعلاقة الثقة والوثوق من أهمية بين المتهم ومحاميه، فمن حق المتهم بوجه عام، أن يختار المحامي الذي سيدافع عنه[3].

وقد رأت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أن حق المتهم في اختيار محاميه قد انتهك في حال قصَرت فيها المحكمة هذا الحق على الاختيار بين محاميين اثنين منتدبين. وبالمثل، فقد وجدت اللجنة المذكورة، أن هذا الحق قد انتهك،عندما اكتفت المحكمة بإعطاء المتهم قائمة بأسماء مجموعة من المحامين العسكريين، كان عليه أن يختار منها دون سواها محامياً للدفاع عنه، وكذلك عندما أرغم متهم على قبول المحامي الذي انتدبه له مجلس عسكري، رغم وجود محامٍ مدني، كان على استعداد للدفاع عنه[4].

ولكن التساؤل المثار هو عن مدى جواز تقييد هذا الحق في حالة عدم التزام المحامي المختار بالقواعد المهنية، أو رفض الالتزام بالإجراءات المفروضة لسير المحاكمة، او في حال كان هو نفسه موضوع دعوى جنائية.

والواقع أن المعايير الدولية تسمح بتقييد حق المتهم في اختيار محامي إذا لم يلتزم المحامي المختار بآداب المهنة، أو إذا كان هو نفسه موضوع دعوى جنائية، أو إذا رفض الالتزام بإجراءات المحكمة[5].

---

(1) انظر: المبادئ الأساسية الخاصة بدور المحامين التي اعتمدها بالإجماع مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين في عام ١٩٩٠.
(2) انظر: مجموعة المبادئ الخاصة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من اشكال التوقيف، او السجن.
(3) انظر في هذا الحق المادة ٣/١٤ من "العهد الدولي"، والمبدأ الأول من "المبادئ الأساسية الخاصة بدور المحامين"، والمادة ٢/٨ من "الاتفاقية الأمريكية"، والمادة ٣/٦ من "الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان".
(4) دليل المحاكمات العادلة، مرجع سابق
(5) المرجع السابق نفسه .

وفي هذا الصدد ذهبت اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان إلى أنها لم تجد أحكام الاتفاقية الأوروبية قد أُنتهكت، في حال منعت فيها المحاكم الوطنية المحامين الذين اختارهم المتهم في الدفاع عنه، بسبب وجود شبهات حول اشتراكهم في ذات الأفعال الجنائية التي اتهم الشخص بارتكابها[١].

وعلاوة على ذلك. رأى بعض المعنيين بحقوق الإنسان أنه ليس للمتهم حق غير مقيد في اختيار المحامي الذي سيترافع عنه، خاصةً إذا كانت الدولة هي التي سوف تدفع نفقاته. غير أن اللجنة المعنية بحقوق الإنسان رأت أنه في الحالات الخاصة بالجرائم المعاقب عليها بالإعدام يجب على المحكمة أن تعطي الأولوية للمحامي الذي يختاره المتهم حتى وإن تطلب الأمر تأجيل الجلسة، وينطبق هذا أيضاً على دعاوى الاستئناف[٢].

وقالت المحكمة الأوروبية: "يجب على المحاكم الوطنية عند انتداب محامٍ للدفاع عن متهم ما أن تراعي بكل تأكيد رغبات المتهم، ولكن يجوز لها أن تتجاهلها في حالة وجود أسباب وثيقة الصلة بالدعوى، وكافية تبرر الاعتقاد، بأنها ليست في مصلحة العدالة[٣].

ثالثاً: الحق في انتداب محامٍ دون مقابل عند عجزه:

إذا قُبض على شخص ما، أو وُجه له الاتهام، أو احتجز، ولم يكن لديه محام من اختياره، فله الحق في أن ينتدب له القاضي محامياً للدفاع عنه، عندما تقتضي ذلك مصلحة العدالة. وعندما يعجز المرء عن دفع نفقات المحامي، فيجب أن يُنتدب له محام للدفاع عنه دون مقابل[٤].

وقد اعتبرت "الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان" في المادة ٢/٨ أن الحق في انتداب محام ثابت إذا اختار المتهم ألا يدافع عن نفسه بشخصه، أو لم يوكل محام في غضون الفترة التي حددها القانون لذلك الغرض. بيد أن المادة ٣/١٤ من "العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية" والمادة ٣/٦ من "الاتفاقية الأوروبية" قد اشترطتا لإعمال هذا الحق أن ترى المحكمة أن مصلحة العدالة تقتضي ذلك.

---

(١) المرجع السابق نفسه .
(٢) المرجع السابق نفسه
(٣) المرجع السابق نفسه .
(٤) انظر: المبدأ ٢/١٧ من مجموعة المبادئ، والمبدأ السادس من المبادئ الأساسية الخاصة بدور المحامين.

ويتوقف تحديد ما إذا كانت مصلحة العدالة تتطلب تعيين محام في المقام الأول على خطورة الجريمة، وشدة العقوبة المحتملة.فمثلاً رأت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، أن الجرائم المعاقب عليها بالإعدام، تقتضي مصلحة العدالة ألا تنظر الدعوى ما لم يكن للمتهم محام يدافع عنه.

والدولة ملزمة بانتداب محام "دون مقابل" من أجل المتهم بموجب أحكام "العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية " ، و"الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان" وذلك إذا توافر شرطان. **الأول**: أن تتطلب مصلحة العدالة انتداب محام، **والثاني**: ألا يكون المتهم قادراً على دفع أتعاب محام[1].

وفي هذا الصدد رأت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن المادة ٣/٦ من "الاتفاقية الأوروبية" قد انتهكت عندما حرم شخص ما، من الحصول على مساعدة قانونية مجانية ،عند التحقيق معه بتهمة تتعلق بالاتجار في المخدرات، وأثناء محاكمته بهذه التهمة، رغم أن العقوبة على هذه التهمة قد تصل إلى السجن ثلاث سنوات[2].

وأما المادة ٢/٨ من الاتفاقية الأمريكية، فلا تلزم الدولة بتحمل نفقات المحامي ما لم ينص على ذلك القانون المحلي. ومع هذا، فقد رأت المحكمة الأمريكية الدولية أن على الدولة أن توفر محامياً بدون مقابل لكل من يعجز عن الدفع، إذا كان من اللازم الاستعانة بمدافع لضمان عدالة المحاكمة.

رابعاً: الحق في الحصول على المشورة من محامٍ متخصص كفء:

لا يكفي القول بأن الدولة قد انتدبت محامياً عن المتهم المعسر، طالما أنها لم تنتدب محامياً كفؤاً للدفاع عن المشتبه فيهم والمتهمين، وإنما ينبغي أن تضمن الدولة محامياً، يؤدي مهمته في الدفاع عن المتهم على خير وجه[3]. ومن حق أي شخص، يُقبض عليه، أو يحتجز، أو يتهم بارتكاب فعل جنائي، أن يترافع عنه محامٍ متمرس ومختص في معالجة الجرائم التي لها نفس طبيعة الجريمة المنسوبة إليه

---

(1) انظر المادة ٣/١٤ من "العهد الدولي"، والمبدأ السادس من "المبادئ الأساسية الخاصة بدور المحامين" والمادة ٣/٦ من "الاتفاقية الأوروبية".

(2) دليل المحاكمات العادلة، المرجع السابق.

(3)Elena Beatriz Vasilskis v. Uruguay (80/1980) (31 March 1983), Selected Decisions ..., vol. 2, p. 105, at p. 108, Para. 9.3 (appointed defense counsel was not trained as a lawyer).

حتى يُحسن الدفاع عنه بطريقة فعالة[١].

وقد اعتبرت اللجنة الأمريكية الدولية أن الحق في الاستعانة بمدافع يُنتهك عندما يتقاعس المحامي عن الوفاء بالتزاماته في الدفاع عن موكليه[٢].

وعلى الدولة واجب محدد إزاء اتخاذ التدابير اللازمة لضمان توفير دفاع فعال للمتهم. فإذا كان المحامي المنتدب لا ينهض بواجب الدفاع على نحو فعال، فعليها أن تتأكد من حسن أدائه لوجباته، أو تستبدله[٣].

وفي هذا الصدد قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، في تفسيرها للحق في الحصول على خدمات محام بموجب الاتفاقية الأوروبية، على أنه لا يكفي قيام الدولة بتعيين محامياً للدفاع عن المدعى عليهم المعوزين. بل يجب عليها أيضاً، أن توفر المشورة القانونية الفعالة، وهي ملزمة بالسهر على أداء المحامي المعين لواجباته.. ويتعين على السلطات، إن اقتضى الأمر، أن تراقب المحامي المعين، وأن تستبدله، أو أن تحمله على أداء واجباته على النحو الملائم[٤].

وقد أبدت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان قلقها بشأن "الافتقار لتدابير فعالة في الولايات المتحدة من أجل ضمان توفير محامين أكفاء للدفاع عن المتهمين من السكان الأصليين، خاصةً أمام محاكم الولايات"[٥].

ورأت اللجنة المذكورة، أن حق المتهم في الحصول على دفاع يكون منتهكاً عندما تضيق دائرة الاختيار أمامه، لتنحصر في محام منتدب للدفاع عنه رسمياً، ثم يتبنى هذا المحامي "موقف الادعاء"[٦].

خامساً: حق المحتجز في الاتصال بمدافعٍ على وجه السرعةِ:

لا شك أن سرعة الاتصال بمدافع فور القبض عليه أو توقيفه يعد عاملاً هاماً يدعم أصل البراءة. و يحقق رقابة هامة تقي المتهم من التعرض للتعذيب، أو سوء المعاملة، أو الإكراه على الإدلاء باعترافات، أو غير ذلك من الانتهاكات. وقد أكدت

---

(١) انظر المبدأ السادس من المبادئ الأساسية الخاصة بدور المحامين. سابق الإشارة.
(٢) دليل المحاكمات العادلة، المرجع السابق.
(٣) المبدأ السادس من المبادئ الأساسية الخاصة بدور المحامين. سابق الإشارة
(٤) Application No. 9127/80 (6 Octobre !981)(unpublished),Strasbourg Digest of Case Law, vol. 2, p. 846.
(٥) دليل المحاكمات العادلة ، المرجع السابق.
(٦) المرجع السابق نفسه.

المواثيق الدولية على حق المتهم في أن يُمكّن من الاتصال بمدافع بدون إبطاء[1].

ولكن هناك تساؤل بشأن الحالات الاستثنائية التي أوردتها بعض التشريعات في قضايا الإرهاب[2]، والاتجار بالمخدرات والقوادة، وغيرها من الجرائم المضرة بالأمن العام فهل تنطبق عليها ذات المعايير الدولية التي تنطبق على الحالات العادية؟ ومدى إخلالها بالشرعية الدستورية في الإجراءات الجنائية وفي مقدمتها أصل البراءة؟

وللإجابة عن ذلك يمكن القول: إن المعاهدة الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية، وكذا مجموعة المبادئ الأساسية الخاصة بدور المحامين، قد أجازت تقييد حق الموقوف في الاتصال بالمحامين، أو تعليق ذلك "في الحالات الاستثنائية التي يحددها القانون أو اللوائح القانونية، وذلك عندما ترى السلطة القضائية، أو أية سلطة أخرى ضرورة لتقييده، أو تعليقه من أجل الحفاظ على الأمن وحسن النظام[3].

بيد أن هذا التعليق، أو التقييد في هذه الحالات الاستثنائية، لا يجوز لفترة طويلة. وقد أوصى مقرر الأمم المتحدة المعني بمسألة التعذيب، بأن أي شخص يقبض عليه "يجب أن تتاح له إمكانية الاتصال بمدافع في غضون مدة لا تتجاوز أربع وعشرين ساعة بعد القبض عليه."[4].

" ولا يجوز بأي حال من الأحوال، أن يتأخر السماح للموقوف في الاتصال بمدافع عن ٤٨ ساعة من وقت القبض عليه، أو توقيفه"[5].

وقد وجدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، أن التقاعس عن السماح للمتهم بالتشاور مع محامٍ خلال الثمانية والأربعين ساعة الأولى من احتجازه، أثناء سؤال الشرطة له، إنما هو انتهاك للمادة السادسة من "الاتفاقية الأوروبية"[6].

سادساً: الحق في الحصول على مساحة زمنية وتسهيلات كافية للاتصال بالمحامي:

لضمان أن يكون الحق في الدفاع مجدياً يجب أن تتاح لأي شخص، يتهم بارتكاب فعل جنائي، ولمحاميه مساحة زمنية وتسهيلات كافية لإعداد الدفاع.

---

(1) انظر: المادة ٣/١٤ من "العهد الدولي"، والمادة ٢/٨ من "الاتفاقية الأمريكية"، وانظر المادة ٣/٦ من "الاتفاقية الأوروبية".

(2) انظر في الشرعية الجنائية ومواجهة الإرهاب أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري "، ط٤، ٢٠٠٦، مرجع سابق، ص ٦١١ وما بعدها.

(3) انظر: دليل المحاكمات العادلة المرجع السابق.

(4) المرجع السابق نفسه.

(5) انظر المبدأ السابع من المبادئ الأساسية الخاصة بدور المحامين.

(6) دليل المحاكمات العادلة المرجع السابق.

والحق في الحصول على مساحة زمنية وتسهيلات كافية، لإعداد الدفاع جانب هام في مبدأ "تكافؤ الفرص" . أو ما يطلق عليه المساواة في الأسلحة- على ما سنوضحه-، على نحو يضمن أن تكون لكل من الدفاع والاتهام فرصة متساوية في إعداد وتقديم دعواه أثناء الإجراءات، وينطبق الحق في الحصول على ما يكفي من وقت وتسهيلات لإعداد الدفاع، على المتهم ومحاميه على السواء، خلال جميع مراحل الإجراءات[1] .

ويجب أن تضمن السلطات، أن يراعي المحامي في نصحه وتمثيله لموكله الالتزام بالمعايير المهنية، والتحرر من القيود، وعدم التعرض لمعوقات، أو مضايقات، أو تدخل غير لائق من أي جانب[2] .

سابعا : الحق في سرية الاتصال بالمحامين:

ومعنى الحق في سرية الاتصال، أنه لا يجب فرض أي ضرب من ضروب التدخل أو الرقابة على الاتصالات التحريرية، أو الشفوية (بما في ذلك المكالمات الهاتفية) بين المتهمين ومحاميهم.

وفي هذا الصدد نصت المادة ٢٢ من المبادئ الأساسية الخاصة بدور المحامين." بأن تعترف الحكومات بضرورة الحفاظ على سرية جميع الاتصالات بين المحامين وموكليهم، التي تتم في نطاق العمل المهني، وأن تحترم سريتها".

وقد فسرت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان المادة ٣/١٤ من العهد الدولي، التي تضمن الحق في الاتصال بالمحامين، بقولها: إن هذه المادة تلزم "المحامي بالاتصال بالمتهم في ظل أوضاع توفر الاحترام الكامل لسرية هذه الاتصالات[3] ".

وقالت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، إنه حيثما وجدت إجراءات مفرطة في البيروقراطية تجعل من العسير الاتصال بالمحامين، فإن الشروط المقررة في المادة ٣/١٤ من "العهد الدولي" لا تتحقق[4] .

ولا يجوز الأخذ بالمراسلات التي تتم بين المتهم الموقوف ومحاميه، كدليل إدانة ضده، ما لم تكن متصلة بارتكاب جريمة مازالت مستمرة، أو يُدبر لها.ولضمان

---

(1) المرجع السابق نفسه.
(2) المرجع السابق نفسه.
(3) المرجع السابق نفسه.
(4) المرجع السابق نفسه.

السرية، يجب اخذ المتطلبات الأمنية في الحسبان، وتجيز المعايير الدولية ان تجري المشاورات تحت نظر موظفين مكلفين بإنفاذ القوانين على ان تكون بعيدة عن سمعهم [١].

ورغم أن هذه المعايير ليست لها ما للمعاهدات من قوة قانونية ملزمة، فإن لها حجية،لأن صدور كل معيار منها جاء تتويجاً لعملية تفاوضية بين الحكومات استغرقت سنوات طويلة، وأن كل منها اعتمدته هيئة سياسية كبرى، مثل الجمعية العامة للأمم المتحدة، وعادة ما يكون ذلك بإجماع الأصوات.وبسبب هذا الثقل السياسي، يرى العديد من الفقه -كما وضحنا- أنها ملزمة كالمعاهدات [٢].

المطلب الثالث

ضمانات حق الاستعانة بمدافع في القانون المقارن

بعد عرض الضمانات التي كفلتها المواثيق الدولية والمعايير ذات الصلة للحق في الاستعانة بمدافع ، يتبادر إلى الأذهان تساؤل حول موقف القوانين والفقه من ضمانات الاستعانة بمدافع في مراحل الدعوى الجنائية ،والمرحلة السابقة عليها، ومدى التقيد بالضمانات التي نصت عليها الشرعة الدولية ذات الطابع الملزم للدول. باعتباره من الحقوق وثيقة الصلة بأصل البراءة.

والحقيقة ان الأخذ بالضمانات التي أكدتها المواثيق الدولية والمعايير المتصلة بها يختلف باختلاف النظام الإجرائي المتبع في قوانين تلك الدول، فمثلاً، الدول التي تأخذ بالنظام الاتهامي يبرز فيها دور المحامي بقوة.حيث تعددت الضمانات التي أتاحها ذلك النظام للشخص، كيما يستعين بمدافع.وقد لعب القضاء الانجلوسكسوني [٣] دوراً هاماً في إرساء تلك الضمانات ويبرز ذلك في القواعد التي أطلقها القضاء الانجليزي في عام ١٩٦٦ وهي "Judge's Rules" وبمقتضاها خولت المتهم حق الاستعانة بمدافع في كافة مراحل التحقيق [٤].

---

(١) المبدأ ٥/١٨ من "مجموعة المبادئ".

(٢) انظر في الآراء المختلفة حول إلزامية تلك المواثيق في الفصل الثاني من الباب الأول ، ص ١١١ .

(٣) يتميز النظام الإجرائي في ظل النظام الانجلوسكسوني أن الدعوى الجنائية تمر فيه بمرحلتين مرحلة التحقيق ومرحلة المحاكمة ويمارس مرحلة التحقيق ضباط الشرطة القضائية . انظر الدكتور إدريس عبد الجواد عبد الله بريك: ضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال - دراسة مقارنة- دار الجامعة الجديدة للنشر -الإسكندرية- ٢٠٠٥، ص٥٥٦ هامش رقم ٢.

(٤) voir: Pierre Gagnoud :" L'enquête préliminaire et les droits de la défense." Thèse. Université de Nice Sophia - Antipolis. Faculté de droit. 1997.p160 et s.

وفي ظل هذا النظام، يتم التحقيق بشكل حضوري، ويستمر لعدة ساعات او عدة أيام ويهدف المحقق من ورائه مجرد تمحيص البيانات الموجودة لديه، للتأكد من كفايتها لإحالة المتهم إلى المحاكمة، أو عدم كفايتها، ومن ثم إخلاء سبيله.ووفقاً لذلك، يفسح المجال أمام كل أطراف الدعوى في هذه الأنظمة للقيام بدور ايجابي فاعل في تسيير إجراءات التحقيق، وفيه يقوم الخصوم ومحاموهم بدور توجيه الأسئلة والبحث عن الأدلة وتحقيقها، وبهذه الوسيلة يستطيع المحامي، أن يدافع عن موكله بصورة إيجابية وفعالة[1].

وأما في ظل النظام التنقيبي، فلا يوجد للمحامي دور فاعل في المرحلة السابقة على المحاكمة ؛ إذ في ظل هذا النظام لا يتعدى دور المحامي مجرد مراقبة وإبداء ملاحظات بشأن إجراءات التحقيق. كسماع الشهود، أو استجواب المتهم، وله أن يعترض على ما قد يوجهه المحقق من أسئلة إيحائية، وإثبات هذا الاعتراض في محضر التحقيق، وممارسة ذلك الدور موقوف على موافقة المحقق، الذي هو صاحب الكلمة الأخيرة في قبول أو رفض ما طرحه المحامي، حسب ما يراه من مصلحة[2].

وسوف ابين موقف القوانين والفقه من ضمانات الاستعانة بمدافع من خلال ثلاثة فروع: ابين في الفرع الأول موقف القانون الفرنسي من حق الاستعانة بمدافع في مراحل الدعوى الجنائية بما في ذلك مرحلة الاستدلالات، وفي الفرع الثاني: ابين موقف الفقه والتشريع المصري من هذا الحق. وفي الفرع الثالث أبين موقف القانون اليمني من هذا الحق وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

ضمانات حق الاستعانة بمدافع في القانون الفرنسي

أولاً : مدى كفالة القانون الفرنسي لحق الاستعانة بمدافع في مرحلة الاستدلالات:

لتحديد حق الاستعانة بمدافع في مرحلة الاستدلالات في فرنسا، ينبغي أولاً أن نحدد النظام القانوني لحق المشتبه فيه أن يستعين بمدافع في ضوء تعديلات ١٩٩٣، ثم نوضح النظام القانوني لهذا الحق في ضوء تعديلات ٢٠٠٠ ، ثم نتناول الضمانات التي

---

(1) الدكتور سعد حماد صالح القبائلي : " حق المتهم في الاستعانة بمحام ،مرجع سابق ، ص ٣٢.
(2) الدكتور سدران محمد خلف : " سلطة التحقيق الابتدائي في التشريع الجنائي الكويتي والمقارن " ، رسالة دكتوراه ، اكاديمية الشرطة بمصر، ١٩٨٥، ص٣٦٠.

استحدثها المشرع وفقاً لأحدث التعديلات. وذلك على النحو التالي :

١- النظام القانوني لهذا الحق في ضوء تعديلات ١٩٩٣:

كان حق الاستعانة بمدافع في مرحلة الاستدلالات امراً مسكوتاً عنه في التشريع الفرنسي قبل تعديلات ١٩٩٣، وبالتالي لم يكن ضباط الشرطة القضائية ملزمين بالاستجابة لمطلب المشتبه فيه بالاتصال بمدافع، فلهم أن يستجيبوا، أو يرفضوا طلبه دون معقب[١]. وبالتالي لم يكن يحظى هذا الحق باحترام في مرحلة جمع الاستدلالات، ولم يكن له وجود سوى في مرحلة التحقيقات القضائية للدعوى الجنائية[٢].

ولكن المشرع الفرنسي ، وبعد إدانته من قبل المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في بعض الانتهاكات للحقوق والحريات وفي مقدمتها الحق في أصل البراءة — كما بينا في أكثر من موضع-، سعى بشكل جاد إلى إجراء إصلاح حقيقي لنظام الإجراءات الجنائية حتى ينسجم التشريع الفرنسي مع نصوص الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان[٣].

وقد بدأت تلك الإصلاحات منذ عام ١٩٩٣، وأحرز التشريع الفرنسي تقدما كبيراً في سعيه نحو حماية حقوق الشخص في مرحلة تحقيقات الشرطة.باعتبار هذا الحق من مفترضات حماية أصل البراءة، حيث أن حضور المحامي مع المشتبه فيه دليل على الاحترام الكامل لأصل البراءة[٤].

وقد كان للجنة العدالة الجنائية وحقوق الإنسان التي شكلت في ١٩٩١ برئاسة السيدة "Mireille Delmas-Marty" الأثر الأكبر في التوصية بإدخال إصلاحات حقيقية وجذرية على حقوق الشخص منذ بدء الاستدلالات. وقد ضمنت تلك التوصيات آلية لحماية الشخص الذي يخضع لهذا الإجراء. ومن أهم ما جاء في توصيتها تمكين الشخص المشتبه فيه من التحدث مع محام منذ الساعات الأولى للتحفظ الذي

---

(١)Roger Merle, et André Vitu : " traite de droit Criminel - tome .II - Procédure Pénale ", Troisième édition – 1979, Cujas – Paris, N°1061p.307.

(٢)JACQUES BUISSON: La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes" op.cit.p26.

(٣)Anne TEISSIER:" garde a vue et droits de la défense", op. cit.P34.

(٤) Carol VUILLEMIN-GONZALES: "La Protection de la liberté pendant la phase préparatoire ", op.cit. p118.
JACQUES BUISSON: ibid.p25

يقوم به رجال الشرطة القضائية. واعتبرت تلك اللجنة أن هذا الحق يعد أحد مفترضات الدولة الديمقراطية[1].

وبموجب تلك التوصيات، ضمن المشرع الفرنسي في تعديلاته لقانون الإجراءات الجنائية في ٤يناير ثم في ٢٤ أغسطس عام ١٩٩٣ نصاً منح بموجبه الشخص المتحفظ عليه لدى ضباط الشرطة القضائية في مرحلة جمع الاستدلالات حق اللقاء بمحاميه وذلك بعد مرور عشرين ساعة من التحفظ[2].

ويكون اختيار المحامي من قبل الشخص للشتبه فيه، فإذا لم يكن في استطاعته توكيل محامي، أو لم يكن في الإمكان الاتصال بالمحامي، كان باستطاعته أن يطلب ندب أحد المحامين عن طريق نقيب المحامين.ويتم إخطار النقيب بأية وسيلة كانت ودون تأخير[3].

وهذا التدخل، هو حق للشخص، بحيث يجب على رجال الشرطة القضائية إخطار المحامي، سواء الموكل من قبل الشخص، أو المنتدب من قبل نقابة المحامين[4].

ولا ريب، أن هذا الإصلاح التشريعي الذي تضمن في نصوصه إمكانية السماح بتدخل محامي بعد مرور العشرين الساعة الأولى للتحفظ، يعد من الحقوق الدستورية القائمة على أساس احترام حقوق الدفاع. وهو من المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية[5]. وحتى ينسجم هذا التشريع مع تشريعات البلاد الأوروبية التي أقرت -منذ زمن- بحق الشخص المتحفظ عليه لدى الشرطة في الاتصال بمحام، وهو ما كان سائد في النظام الأنجلوسكسوني[6].

---

(1)Charles JOLIBOIS:"Projet de loi sur la présomption d'innocence et propositions de loi relatives aux gardes à vue et à la détention provisoire., Rapport (98-99) - commission des lois.Voir aussi:Carol VUILLEMIN-GONZALES: La Protection de la liberté pendant la phase préparatoire "op. cit.p.122

(2)Carol VUILLEMIN-GONZALES: ibid. p 118.

(3)انظر، نص المادة ٦٣ -٤ وفقاً لتعديلات ١٩٩٣.

".. Lorsque vingt heures se sont écoulées depuis le début de la garde à vue, la personne peut demander à s'entretenir avec un avocat. Si elle n'est pas en mesure d'en désigner un ou si l'avocat choisi ne peut être contacté, elle peut demander qu'il lui en soit commis un d'office par le bâtonnier.

Le bâtonnier est informé de cette demande par tous moyens et sans délai.

(4)Carol VUILLEMIN-GONZALESM. ibid. p 121

(5)Anne TEISSIER: "garde à vue et droits de la défense", op.Cit.P35.

(6) voir:Christine Lazerges: " La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000 renforçant

ولكن هذا الإصلاح التشريعي كان غير كافٍ في نظر بعض الفقه الفرنسي، حيث ذهب جانب منهم [1] إلى أنه من ناحية، لم يسمح بتدخل المحامي إلا بعد مرور عشرين ساعة من التحفظ، وكان يجب أن يكون منذ اللحظة الأولى للتحفظ ، كما هو الحال في إيطاليا، أو في إنجلترا حتى يصبح متوافقاً فعلاً مع تشريعات هذه البلدان الرئيسية[2] . ويرى هذا الفقه أن ضمان حق المتحفظ عليه في الاستعانة بمدافع منذ اللحظة الأولى للتحفظ، يعد ضمانة اساسية لاحترام حقوقِ الدفاع، وحماية حقه في حريةِ الغدو والرواح. كما أن ذلك يتفق مع مبدأ المساواة في الأسلحة بين الخصوم، فإذا كانت سلطة الاستدلال، أو التحقيق تملك سلطة اتخاذ إجراءات تقيد من حريته وتؤدي إلى جمع الأدلة ضده، فإنه من حقه أن يتصل بمدافع منذ بداية التحفظ ؛ لكي يضمن أن تكون التدابير المتخذة ضده منذ البداية صحيحة، وفي ذات الوقت لكي تستند العدالة إلى بعض الأدلة الموثوق بها، لتبرير الإدانات[3] .

ومن ناحية ثانية، اعترض هذا الفقه على وضع استثناءات لبعض الجرائم التي رأى المشرع أنها تمس النظام العام، وذلك في الجنايات والجنح المتعلقة بجرائم الإرهاب وجرائم المرور، والاتجار بالمخدرات، وكذلك الأفعال الإجرامية التي تقوم بها جماعات منظمة ،كجرائم القوادة المشددة، وجرائم سلب الأموال المشددة، كون طبيعتها أكثر تعقيداً؛ وأكثر خطورة على الأمن العام[4] ، وهو ما برر الخروج عن الفترة الزمنية المحددة بوجه عام؛ بزيادتها ليكون تدخل المحامي بعد مرور ست وثلاثون ساعة[5] . حيث انتقد الفقه السابق- وبحق- هذه الاستثناءات؛لأنه مهما كانت جسامة الجرائم المرتكبة، ومهما كانت العقوبة، فإن ذلك لا يخل بالحق في أصل

---

la présomption d'innocence et les droits des victimes Dalloz,Rev. se. crim.N°1, janv.-mars 2001,p 14 et s.

(1)Anne TEISSIER:" garde à vue et droits de la défense", op.cit. P36.

(2) Jean PRADEL, « Encore une tornade sur notre procédure pénale avec la loi du 15 juin 2000 », D., 2000, n° 26, Point de vue, Voir. Anne TEISSIER:ibid. , P35.

(3)Carol VUILLEMIN-GONZALES: "La Protection de la liberté pendant la phase préparatoire ",op. Cit. p119.

وانظر نص الفقرة الأولى من المادة التمهيدية التي أضيفت على قانون الإجراءات الجنائية سبق الإشارة اليها.

" La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties".

(4)Anne TEISSIER: garde à vue et droits de la défense, op.cit. P36.

(5)C. LAZERGES, Rapport, As., N° *1468, 1999, p. 144.* Catherine SAMET: " la présomption d'innocence "",Rev. Pén. Dr. Pénal, N° 1, Avril 2001, p.37.

البراءة، التي تقتضي ان يحترم هذا الأصل رغم جسامة الجريمة المرتكبة. كما أنه لا يمكن لأحد ان يسوغ القبول بمنطق الانتقاص، لأننا لسنا أمام متغيرات حسابية بل أمام حقوق و امتيازات ممنوحة، لا تأخذ في حسبانها جسامة الفعل، ومقدار العقوبة[1].

٢- النظام القانوني لهذا الحق في ضوء تعديلات ٢٠٠٠ :

اثبتت الدراسات الإحصائية التي أجريت بعد صدور تعديلي عام ١٩٩٣ أن هناك عدداً كبيراً من الأشخاص الذين تم التحفظ عليهم في اقسام الشرطة للاشتباه ، كان يتم إطلاق سراحهم عادة بعد مرور ١٩ ساعة، أي قبل اكتمال مدة العشرين ساعة التي يسمح بعدها قانونا الاتصال بمحامي، والعلة من ذلك واضحة، وهو أن الشرطة إنما تبغي أن تستفيد بهذا الإجراء للكشف عن أدلة الجريمة، قبل ان تصل إلى المرحلة التي سوف يلتقي فيها المشتبه فيه بمحاميه[2].

وبهدف تحقيق حماية أكثر تتفق مع أصل البراءة في إطار التوازن بين حقوق الفرد ومصالح المجتمع[3]، فقد عدل المشرع الفرنسي نص المادة ٣٦-٤ ، التي حددت الوقت اللازم لتدخل المحامي أثناء التحفظ على الأشخاص المشتبه فيهم من قبل ضباط الشرطة القضائية، وذلك بموجب قانون ١٥ يونيو ٢٠٠٠، وفي هذا التعديل الزم المشرع رجال الشرطة القضائية في إخطار المشتبه فيه بحقه في الاتصال بمحاميه، أو في طلب ندب محام معه، منذ اللحظة الأولى للتحفظ على الشخص. وأوجب عليه أن يبلغ فوراً نقابة المحامين، عند اتخاذه قراراً بالتحفظ على الشخص الذي لديه، حتى يتأتى لها توفير محام له، إذا لم يكن معه محام خاص به[4].

ولضمان فعالية لقاء الشخص المتحفظ عليه لدى الشرطة مع المحامي منذ الساعة الأولى للتحفظ، فقد انشئت في مكاتب النقابات مناوبة من قبل مجموعة من المحامين على مدى ٢٤ ساعة متواصلة ومزودين بأجهزة اتصال، وهؤلاء يتقاضون رواتب ومكافآت مقابل تواجدهم بصفة مستمرة، وهذا بخلاف ما يتقاضاها المحامي نظير

---

(1)Anne TEISSIER, ibidem, p 36.Carol VUILLEMIN-GONZALES:"La protection de la liberté pendant la phase préparatoire ", op. Cit. p119.

(2) إدريان شارل دانا ،مرجع سابق

(3)Anne TEISSIER: ibid. P36.

(4)Catherine SAMET: " présomption d'innocence,op. cit. p39.

المساعدة التي يقدمها للشخص المتحفظ عليه[1].

وإذا كان المشرع الفرنسي - بموجب المادة ٦٣-٤ ، وفقاً لتعديلات عام ٢٠٠٠-قد كفل حق الشخص المتحفظ عليه في اللقاء بمحاميه منذ بداية التحفظ، كما كفل هذا الحق أيضاً بعد مرور ٢٠ ساعة من التحفظ، وإذا تم تمديد مدة التحفظ يكون للشخص المتحفظ عليه حق التحدث مع محاميه بعد انقضاء ١٢ ساعة من بداية التمديد[2].

وللشخص المتحفظ عليه حرية الاختيار في أن يلتقي بمحاميه مرة واحدة أومرتين، أو ثلاث مرات في حالة مد التحفظ بعد مضي ١٢ ساعة من المد[3]. وفي جميع الأحوال يكون اللقاء في كل مرة لمدة ٣٠ دقيقة، أي أن القانون يضمن ثلاث لقاءات بين

---

(1) إدريان شارل، مرجع سابق.

(2)Article 63-4: (Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 11 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001) " Dès le début de la garde à vue, la personne peut demander à s'entretenir avec un avocat. Si elle n'est pas en mesure d'en désigner un ou si l'avocat choisi ne peut être contacté, elle peut demander qu'il lui en soit commis un d'office par le bâtonnier.

Le bâtonnier est informé de cette demande par tous moyens et sans délai.

L'avocat désigné peut communiquer avec la personne gardée à vue dans des conditions qui garantissent la confidentialité de l'entretien. Il est informé par l'officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire de la nature et de la date présumée de l'infraction sur laquelle porte l'enquête.

A l'issue de l'entretien dont la durée ne peut excéder trente minutes, l'avocat présente, le cas échéant, des observations écrites qui sont jointes à la procédure.

L'avocat ne peut faire état de cet entretien auprès de quiconque pendant la durée de la garde à vue.

Lorsque la garde à vue fait l'objet d'une prolongation, la personne peut également demander à s'entretenir avec un avocat dès le début de la prolongation, dans les conditions et selon les modalités prévues aux alinéas précédents.

Si la personne est gardée à vue pour une infraction mentionnée aux 4°, 6°, 7°, 8° et 15° de l'article 706-73, l'entretien avec un avocat ne peut intervenir qu'à l'issue d'un délai de quarante-huit heures. Si elle est gardée à vue pour une infraction mentionnée aux 3° et 11° du même article, l'entretien avec un avocat ne peut intervenir qu'à l'issue d'un délai de soixante-douze heures. Le procureur de la République est avisé de la qualification des faits retenue par les enquêteurs dès qu'il est informé par ces derniers du placement en garde à vue.

(3) JACQUES BUISSON: "La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes" op.cit.p33.

المشتبه فيه، ومحاميه. وفي نهاية كل لقاء يكون للمحامي الحق في إبداء ما يراه من ملاحظات، ويتم تدوينها في محضر قسم البوليس[1].

ولا غرو أن هذه الترتيبات بالإضافة إلى أنها أزالت الكثير من الإشكالات التي يمكن أن تعوق من سرعة لقاء المحامي مع الشخص المتحفظ عليه منذ بداية التحفظ، فهي في ذات الوقت تشكل ضمانات هامة، تمنع من التعسف في التحفظ، وتعد وسيلة فعالة للرقابة على رجال الشرطة.

وغني عن البيان أن المشرع الفرنسي أبقى على الاستثناءات المتعلق ببعض الجرائم، حيث جعل حق التحدث مع المحامي بعد مرور ٣٦ ساعة في حالة الجريمة المنظمة، وجرائم القوادة المشددة، وجرائم سلب الأموال المشددة، وبعد مرور٧٢ ساعة في حالة جرائم الإرهاب، أو الاتجار بالمخدرات[2].

وهذه التفرقة في التعامل بين الأشخاص المشتبه فيهم، وفقا لنوع الجريمة وخطورتها -حسب ما بيناه- منتقدة لأنها تتعارض مع الحق في أصل البراءة الذي يقوم في الأساس على أن كل شخص مهما كانت جسامة الجريمة يجب أن ينظر له على انه بريء، وبالتالي ما كان ينبغي أن يميز في التعامل بين الأشخاص في الحقوق بالنظر إلى جسامة الجريمة وخطورتها، بل يكون الشخص المشتبه به في ارتكاب جريمة من الجرائم الخطيرة أحوج من غيره إلى الاتصال بمدافع؛لأن جسامة الجريمة، وخطورتها تجعله في وضع نفسي أصعب وأعمق أثراً من شخص آخر مشتبه بجريمة أقل خطورة. ثم إن مبدأ المساواة في التعامل بين الأشخاص المشتبه فيهم تقتضي المساواة في الحقوق، وخصوصا الحق في الاستعانة بمدافع.

وإذا كان المشرع الفرنسي، قد ضمن حق الشخص المتحفظ عليه في طلب التحدث مع محام منذ بداية التحفظ، فإن تطبيق هذا الحق يصطدم بالواقع العملي فليس من المؤكد حضور المحامي منذ الساعة الأولى للتحفظ. ولذلك ذهب البعض إلى ان عبارة " منذ الساعةِ الأولى"مؤداها -بالتأكيد- انّ المحامي يُمكِنُ أنْ يَتدخَل من البداية وحتى العشر الساعات الأولى، كما هو الحال في القانون الكندي[3].

---

(1) ادريان شارل دنا، مرجع سابق.
(2)JACQUES BUISSON: "La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes" op.cit.p36.
(3)Anne TEISSIER : ibid. P.37.

وذهب بعض الفقه إلى انه منذ بداية التحفظ، وحتى لحظة وصول المحامي يفضل ان يلوذ المشتبه فيه بالصمت، ما دام من المؤكد حضور المحامي[1] .

والجدير بالذكر أن دراسة إحصائية قد أجريت لهذا القانون بهدف دراسة آثار هذا القانون خلال الستة شهور الأولى من نفاذه، وقد شكلت لجنة خاصة لهذا الغرض، ومن النتائج التي اسفرت عن هذه الدراسة أن هناك العديد من الأحكام الصادرة تقضي ببطلان إجراء التحفظ في قسم البوليس؛لأن رجل الشرطة لم يستطع أن يؤمن الاتصال الفوري بين المتهم ومحاميه، وهو أمر -كما يراه البعض- طبيعي؛ لأن الاتصال بالمحامي يحتاج عادة إلى ساعة أو ساعتين حتى يتم هذا اللقاء[2] .

٣- الحق في الاستعانة بمدافع في مرحلة الاستدلالات في ضوء تعديلات ١٠ مارس ٢٠٠٤ :

ظهرت حركات مناهضة في فرنسا تدعو لتعديل قانون عام ٢٠٠٠، سواء كانت الحركات المناهضة من قبل رجال الشرطة القضائية، بسبب كثرة القيود المفروضة عليهم ، وزيادة الأحكام الصادرة ببطلان الإجراءات التي كانت تتخذها دون التقيد بما تضمنه القانون من ضمانات، أو كانت من أفراد المجتمع بسبب ارتفاع معدلات الجرائم، حيث كثرت الاعتداءات، والسرقات، وبخاصة في الطرقات العامة، مما اضعف الشعور بالأمان لدى المجتمع الفرنسي[3] . وعلى اثر ذلك أجرى المشرع الفرنسي تعديلين، احدهما في ٤ مارس من عام ٢٠٠٢ ، ثم أعقبه تعديل آخر في ١٠ مارس ٢٠٠٤ ؛ بهدف مكافحة الظواهر الإجرامية الجديدة، وإعطاء رجال الشرطة المزيد من السلطات، لتدعيم فاعلية عملهم في مقاومة الجرائم، وضبط مرتكبيها.

وقد تضمنت هذه التعديلات حق الشخص المشتبه فيه بالاستعانة بمدافع، حيث أصبح من الواجب إبلاغ الشخص المتحفظ عليه بحقه في طلب محامي بعد مرور ثلاث ساعات من التحفظ، وليس منذ البداية-كما كان سابقا- وذلك لإتاحة الفرصة للاتصال بالمحامي، ولتفادي البطلان الإجرائي المتكرر الذي كان يتم في السابق، وفي حالة تمديد التحفظ يكون من حق الشخص طلب اللقاء مع المحامي منذ بداية التحفظ[4] . ولكن المشرع سرعان ما اجرى تعديل في قانون ١٠ مارس ٢٠٠٤، ليعود

---

(1)Catherine SAMET: " présomption d'innocence ", op. cit. p44.

(2) ادريان شارل دانا ، مرجع سابق.

(3) المرجع السابق ذاته.

(4) المرجع السابق ذاته.

من جديد في إلزام رجل الشرطة القضائية بضرورة إبلاغ الشخص المتحفظ عليه بحقه في الاستعانة بمدافع منذ بداية التحفظ كما جاء في قانون عام ٢٠٠٠.

والجديد في قانون ١٠ مارس ٢٠٠٤، أن المشرع أطلق يد رجال الشرطة القضائية في بعض الجرائم الاستثنائية سابقة الذكر، إذ لم يلزم رجل الشرطة بإخطار الشخص المتحفظ عليه في حقه في الاتصال بمدافع، إلا بعد مرور ٤٨ ساعة من التحفظ في جرائم الجنايات، والجنح المتعلقة بجرائم النشل، أو القوادة المشددة، أو جرائم السلب المشددة او في الجريمة المنظمة. وبالنسبة لجريمة الاتجار بالمخدرات، وجريمة الاشتراك في أعمال إرهابية، لا يستطيع أن يتدخل المحامي إلا بعد مرور ٧٢ ساعة[1].

٤- الاتجاه المنتقد لحق الشخص في الاستعانة بمدافع أثناء الاستدلالات:

انتقد بعض الفقه إعطاء الحق للمتحفظ عليه في الاتصال بمحام اثناء تحقيقات الشرطة. وهذه الانتقادات تأتي غالباً من ضباط الشرطة القضائية، ويرجع البعض في انتقاده لهذا الحق إلى ثلاثة أسباب:

أولها: ان تدخّل المحامي اثناء الاستدلالات، يخالف ما هو محظور، لأن المحامي يتدخل بنفسه في مجال هو من أعمال الشرطة، وهي أعمال تحتاج إلى السرية، ويمنع حتى على رجال الشرطة الآخرين التدخل فيها، أو الاطلاع عليها، فكيف يسمح للمحامي ان يتدخل فيما هو محظور![2]

---

(1)Article 63-4 (inséré par Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 art. 1 Journal Officiel du 10 mars 2004 en vigueur le 1er octobre 2004)..."Si la personne est gardée à vue pour une infraction mentionnée aux 4°, 6°, 7°, 8° et 15° de l'article 706-73, l'entretien avec un avocat ne peut intervenir qu'à l'issue d'un délai de quarante-huit heures. Si elle est gardée à vue pour une infraction mentionnée aux 3° et 11° du même article, l'entretien avec un avocat ne peut intervenir qu'à l'issue d'un délai de soixante-douze heures. Le procureur de la République est avisé de la qualification des faits retenue par les enquêteurs dès qu'il est informé par ces derniers du placement en garde à vue".

(2) Aujourd'hui avec le recul, cette réforme semble très symbolique mais dans un premier temps, l'intervention de l'avocat pendant la phase d'enquête n'a pas été bien accueillie par les policiers, et ce pour trois raisons. Tout d'abord, cette réforme transgressait un tabou car l'avocat s'immisçait dans un domaine jusque là réservé à la police. Ensuite, elle intervenait dans un climat de suspicion envers la police et ses méthodes d'enquêtes. Enfin et surtout , cette réforme n'a pas fait l'objet d'une réflexion d'ensemblel : elle se focalise sur la Garde à vue sans prendre en compte les autres modes de détention comme la rétention.. Douanière, qui elle n'est assortie d'aucune garantie .
M. Rebouillat, Commissaire de police Conférence sur :La présence de l'avocat pendant la garde à vue. http://membres.lycos.fr/elsalyon/conf/gav.htm

وثانياً: ان تدخل المحامي اثناء تحقيقات الشرطة يضفي مناخاً، او جواً من الشك وعدم الثقة برجال الشرطة، وبطرقهم في جمع الاستدلالات، مما يسبب ذلك مشاكل في التعامل، وبالتالي يخل بحسن سير العدالة[١].

وثالثاً -وهو الأهم من وجهة نظر هذا الراي- أن هذا الإصلاح التشريعي الذي سمح بتدخل المحامي مع الشخص المتحفظ عليه في مرحلة جمع الاستدلالات، لم يراع ما قد يسببه ذلك، من انعكاسات، فهذا التشريع يركز على التحفظ الذي يقوم به ضباط الشرطة القضائية، دون ان يأخذ في حسبانه الحالات الأخرى المشابهة للتحفظ، كالتحفظ الذي يقوم به موظفو الجمارك دون أن تتوافر لهم ذات الضمانات[٢].

وذهب أصحاب الاتجاه المعارض إلى ان الإصلاح التشريعي الذي اعطى الحق للشخص المتحفظ عليه في مرحلة تحقيقات الشرطة في الاتصال بمحام لا يمكن استعماله بالشكل الذي نص عليه المشرع، و يصعب تحقيقه عملياً، ذلك أن تواجد المحامين في الأماكن المخصصة لتواجدهم بصفة دائمة ومستمرة، يحدث عندهم رد فعل رافض، ناتج بوجه خاص عن عدم توفير مخصصات مالية كافية نظير تواجدهم المستمر في المكاتب المخصصة، وكذلك قد يكون محامي المشتبه فيه المكلف ملتزم في تلك اللحظة مع شخص آخر في جهة أخرى، مما يشكل صعوبة في تحركه. ولذلك كان ينبغي زيادة مدة التحفظ عن ١٩ ساعة حتى يتم تفادي الإجراءات المعقدة، وايضا للتمكن من إعلام المحامي المكلف بالتدخل بشكل فعلي وواقعي وذي فاعلية[٣].

ومن الانتقادات التي وجهت لهذا الإصلاح التشريعي الذي سمح بتدخل المحامي مع الشخص المتحفظ عليه اثناء تحقيقات الشرطة تحت مبرر تحسين حقوق الدفاع، انه جرد الشرطة القضائية من سلاحها، في حين لم يجرد المجرمين من أسلحتهم[٤].

واخيراً ذهب بعض المنتقدين إلى ان هذا التدخل من قبل المحامي في تحقيقات

---

(١) Rebouillat: ibid.
(٢) Rebouillat: ibid.
(٣)Rebouillat: ibid.
(٤) de quelques réformes qui, sous le paravent d'une amélioration Nocivité enfin des droits de la défense, désarment la police judiciaire à une époque où les criminels, eux, ne désarment pas. انظر في ذلك:
Jean PRADEL: Prolégomènes sur Bulletin de la Société générale des prisons et de législation criminelle, R.Pén.D. P., N° 1 AVRIL 2001 p11.

الشرطة. من شأنه ان يحبط كل مجهود لرجال الشرطة القضائية في ضبط مرتكبي الجرائم. حيث يسعى المحامي إلى تزويد المشتبه فيه بالنصائح التي تؤدي إلى تضليل رجال الشرطة القضائية. او نصحه له بعدم الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه وان يلزم الصمت[1].

٥- المشكلات التي تثار بشأن حق الاستعانة بمدافع أثناء الاستدلالات:

هناك عدت تساؤلات يقتضي ان نطرحها في بساط البحث وهي: إلى اي مدى يجب ان يلتزم ضابط الشرطة القضائية في إخطار المحامي المكلف من قبل الشخص المتحفظ عليه. او المعين من نقابة المحامين؟ وما الأثر المترتب على عدم إخطاره؟ وهل تأخر المحامي عن الحضور بعد ابلاغه يلزم ضابط الشرطة القضائية في تأخير الإجراءات إلى حين حضوره ام يستمر في إجراءات البحث والتحري وسماع اقوال الشخص المتحفظ عليه؟. وهل يمكن للمحامي أن يعرف طبيعة الجريمة المرتكبة محل الاستدلالات؟ والوقت الذي يفترض ان تكون قد ارتكبت فيه؟ وهل يحق للمحامي الاطلاع على محضر تحقيقات الشرطة؟ وفي حالة تمديد فترة التحفظ هل يكون ملزما بإخطاره مرة اخرى؟

أ- ما يتعلق بمدى التزام ضابط الشرطة:

لاشك ان تدخل المحامي منذ بداية التحفظ في مرحلة جمع الاستدلالات، هو ضمانة من الضمانات المقررة للشخص المتحفظ عليه، وبالتالي يجب على ضابط الشرطة القضائية إخطار الشخص بحقه في طلب المحامي منذ بداية التحفظ، ويلزمه كذلك إخطار المحامي الذي تم تعينه من قبل الشخص او إخطار نقابة المحامين لانتداب مدافع له. وهذا الإخطار وجوبي، بحيث يترتب على عدم الإخطار بطلان التحفظ[2]. ويجب التنويه إلى ان محكمة النقض الفرنسية قد استقر لديها ان التزام ضابط الشرطة القضائية هو التزام ببذل عناية، وليس التزام بتحقيق نتيجة[3].

" pour la mise en oeuvre du droit du gardé à vue de s'entretenir avec un avocat, les enquêteurs sont tenus à une obligation de moyens et non de résultat"

---

(1)Carol VUILLEMIN-GONZALES: " ibid. p121.

(2) crim.4 janvier 1994 4 N° 1.

(3) crim. 28 AVRIL 2004 N° 2585.

ومؤدى ذلك انه يقع على عاتق ضابط الشرطة القضائية ان يبذل ما وسعه الجهد لتحقيق ذلك باستخدام كافة الوسائل المتاحة سواء بالاتصال عبر هاتف المكتب او عبر الهاتف النقال للمحامي المعين او المنتدب من قبل نقيب المحامين، وعليه معاودة الاتصال مرة اخرى لتنبيه المحامي[١].

وإذا اتخذ كافة الوسائل الممكنة للإخطار، فإنه بعد ذلك لا يكون مسئولا عن الحالات التي لا يتواجد فيها المحامي لظروف خارجة عن إرادة ضابط الشرطة القضائية[٢].

ويعد خارجاً عن إرادة ضابط الشرطة القضائية، وفقا لما قضت به محكمة النقض الفرنسية، إذا كان ذلك ناتجاً عن إضراب المحامين[٣] او كان بسبب عدم قيام نقيب المحامين بإعطاء قائمة المحامين المنتدبين[٤].

والجدير بالإشارة أن محكمة النقض الفرنسية اوجبت على ضابط الشرطة أن يذكر في المحضر انه قد اتخذ كافة الوسائل الممكنة لإخطار المحامي المعين من قبل الشخص المتحفظ عليه، او المكلف من قبل نقابة المحامين، ويوقع على هذا المحضر الشخص المتحفظ عليه[٥]. وهذا التدوين في المحضر له اهميته، لأنه يتيح رقابة قاضي التحقيق، على اعمال رجال الضبط القضائي. والتأكد من ان التأخير لم يكن سببه ضابط الشرطة القضائية.

---

(١)crim.28 AVRIL 2004 N° 2585 :... L'officier chargé de prévenir le bâtonnier ou l'avocat de permanence, doit mettre en oeuvre toutes les diligences nécessaires pour que l'entretien soit assuré dès le début de la garde à vue ; qu'en se contentant d'un seul coup de téléphone sur la messagerie vocale d'un avocat de permanence, sans renouveler son appel, ni à cet avocat, ni à un autre et en attendant plus de 2 heures 20 après le début de la garde à vue pour contacter un second avocat, l'officier de police judiciaire n'a pas mis en oeuvre toutes les diligences nécessaires pour que David H... puisse bénéficier d'une manière concrète et effective de son droit à un entretien ;Voir:Carol VUILLEMIN-GONZALESM ibid. p. 121. Anne TEISSIER: ibid. P.35.

(٢)Cass. Crim. 13 fevr. 1996 N° 73. crim. 28 AVRIL 2004 N° 2585.

(٣)Cass. Crim. 9 Mai 1994 no 174.

(٤)Cass. Crim. 13 fevr. 1996 no 73.

(٥)CIV.2.-23 janvier 2003.Cassation sans Renvoi,N°01-50.066.C.A.aris,27 septembre 2001.CIV.2.-24 avril 2003. Cassation sans Renvoi,N° 01-50.019.-C.A. Toulouse,26 février 2001,M.Ancel,Pt.-M.Grignon Dumoulin,Rap.M.Joinet,Av. Gén.

ب- تأخر حضور المحامي:

في الحقيقة إن القانون لا يفرض على المحامي الحضور إلى اقسام الشرطة، أو إلى الوحدات التي تتبع رجال الشرطة قبل انتهاء الحد الأقصى لمدة التحفظ. وعلى هذا الأساس يثار التساؤل حول ما إذا كان رجل الشرطة القضائية ملزماً بانتظار المحامي حتى يحضر، ام انه يباشر إجراءات سماع أقوال الشخص المتحفظ عليه، وإذا باشر رجل الشرطة سماع الأقوال، ثم حضر المحامي، فهل يستمر رجل الشرطة في الإجراءات دون ان يلتفت للمحامي؟ ام ان الأمر يقتضي إتاحة الفرصة امام المحامي لكي يتحدث مع الشخص المتحفظ عليه؟

وللإجابة عن ذلك ينبغي اولاً أن نشير إلى ان الفرض في **هذه الحالة** ان الشخص المشتبه فيه ما زال تحت التحفظ، ولم تنته المدة الزمنية المقررة لإنهاء التحفظ. **والفرض الثاني**: ان رجل الشرطة قد استنفذ جهده بكافة الوسائل الممكنة في إخطار المحامي، دون تأخير منه. ولأسباب خارجة عن إرادته تأخر المحامي في الحضور إلى مكان التحفظ. و في ظل هذا الوضع لا يمكن القول بأن رجل الشرطة يتوقف عن إجراءات الاستدلال وسؤال الشخص المتحفظ عليه إلى حين حضور المحامي؛لأن فاعلية العدالة، كما تقتضي حماية حقوق الشخص المتحفظ عليه، هي في ذات الوقت تقتضي حماية المصلحة العامة في الحفاظ على الأمن وكشف الجريمة.كما ان التأخر في سماع اقوال المتحفظ عليه إلى حين حضور محام من شأنه ان يطيل امد التحفظ على الشخص الذي قد يفرج عنه فيما لو كان سمع اقواله فور التحفظ عليه .

ومن اللازم ذكره، ان المشرع الفرنسي لم يضع إطاراً زمنياً محدداً لانتظار المحامي، وحتى يتفادى ضابط الشرطة القضائية الانتظار مدة اكثر من اللازم بعد قيامه ببذل العناية في إخطار محاميه، وإخطار نقابة المحامين، فإننا نرى ان يكون هناك مساحة زمنية محددة للانتظار لعدة ساعات، فإذا انتهى الوقت المحدد، امكن له مباشرة إجراءات الاستدلال وسؤال المشتبه فيه.

وإذا باشر رجل الشرطة إجراءات الاستدلال وسماع اقوال المتحفظ عليه في غيبة المحامي، بسبب تأخر حضور المحامي، ثم وصل المحامي إلى مكان التحفظ بعد سماع اقواله، فإن هذا الأخير يمكنه أن يلتقي مع الشخص المتحفظ عليه، إذا لم يكن قد أطلق سراحه، وعلى رجل الشرطة التوقف عن سماع اقوال المتحفظ عليه، وإتاحة الفرصة

امام المحامي للتحدث معه[1].

ج- مدى أحقية المحامي في الاطلاع على محضر الاستدلال:

إذا كان المشرع الفرنسي قد كفل للشخص المشتبه فيه في مرحلة تحقيقات الشرطة الاتصال بمحاميه خلال الثلاثين دقيقة التي حددت في القانون للتحدث مع المحامي، و يمكنه خلالها ان يعرف طبيعة الجريمة محل الاستدلال، ووقت حدوثها، إلا انه لا أحد يسمح له في الإطلاع على محضر الاستدلالات، وبالتالي لا يستطيع المحامي ان يتشاور مع ضابط الشرطة القضائية بشأن محتويات المحضر، وهذا الإجراء يجد له أساس في بعض التشريعات الأوربية. ففي إيطاليا يعد محضر جمع الاستدلالات من الأمور السرية، وكذلك الحال في ألمانيا، وفي إنجلترا[2].

ونخلص مما سبق إلى أن المشرع الفرنسي قد كفل حق الشخص في الاستعانة بمدافع منذ بدء مرحلة الاستدلالات، واعتبره حقاً ضرورياً من حقوق الدفاع، والزم رجال الضبط القضائي في إخطار الشخص المتحفظ عليه بحقه في طلب محامي منذ بداية التحفظ.كما ألزمه بإخطار نقيب المحامين بهذا التحفظ بكل الوسائل منذ بدايته، لكي ينتدب محامياً للقاء مع المشتبه فيه، وتسهيلاً لمهمة ضابط الشرطة القضائية في التوصل مع المحامي، يوجد في مكاتب نقابة المحامين مناوبين على مدى اربع وعشرين ساعة، ومزودين بوسائل الاتصالات وما يمكنه من مراجعة الوضع القانوني السليم.

ويجب على ضابط الشرطة القضائية أن يبذل قصارى جهده في إخطار المحامي المناوب، إذا لم يكن الشخص المتحفظ عليه قد قام بتعيين محام. وعليه أن يتصل به اكثر من مرة، وبدون تأخير، وفي حالة تأخر المحامي عن الحضور، لسبب لا دخل لضابط الشرطة القضائية فيه، فإنه غير مسئول عن هذا التأخير، ويمكنه مباشرة إجراءات الاستدلال وسماع أقوال الشخص المتحفظ عليه في غيبة المحامي.

ولضمان قيام ضابط الشرطة القضائية بإخطار محامي المتحفظ عليه بكافة

---

(1)Bulletin Officiel du Ministère de la Justice, N° 80 (1er octobre - 31 décembre 2000) Présentation des dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes concernant la garde à vue et l'enquête de police judiciaire.

(2)Catherine SAMET: " présomption d'innocence ", op.cit. p. 42.

الوسائل، عليه أن يدون ذلك في محضر الاستدلال، واي تقصير من قبل ضابط الشرطة القضائية في الإبلاغ، أو في تدوين ذلك في المحضر، فإن ذلك يعد انتهاكاً لحقوق الدفاع ويمس بحق الشخص في أصل البراءة، الأمر الذي قد يؤدي إلى بطلان إجراءات الاستدلال، وما يترتب عنه من تبعات تتمثل في تحمل ضابط الشرطة القضائية المسئولية المدنية والتأديبية، بالإضافة إلى المسئولية الجنائية.

ولا ريب ان هذا الإصلاح التشريعي الذي قام به المشرع الفرنسي، هو انعكاس للفلسفة التي أخذ التشريع الفرنسي في انتهاجها، والتي تقوم على ضمان الحريات والحقوق الفردية، دون الإخلال بالتوازن المطلوب بينها وبين المصلحة العامة. وبذا المشرع الفرنسي يغير من نظام التحري والتنقيب المتبع في الأنظمة اللاتينية، ويظهر ذلك واضحاً في إقراره حق الشخص المشتبه فيه في الاستعانة بمدافع في مرحلة جمع الاستدلالات، بعد ان كانت هذه المرحلة خالية من هذا الضمان الهام للمشتبه فيه.وهو بلا شك يمثل خطوة هامة نحو حماية أصل البراءة.

ثانياً : -حق الاستعانة بمدافع في مرحلتي التحقيق والمحاكمة :

بعد ان عدل المشرع الفرنسي من نظامه الإجرائي.وهي تعديلات أملتها من ناحية الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، لتتوافق مع التشريعات الأوربية الأخرى، ومن ناحية أخرى أملتها المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان نتيجة الإدانات المتعددة التي طالت النظام الفرنسي[1] .وبذلك فقد اقترب المشرع الفرنسي بنظامه الإجرائي من النظام الاتهامي.

ووفقاً لذلك، فقد حظي حق الاستعانة بمدافع بضمانات عديدة تزيد من فاعليته في اداء دوره.

وسنكتفي في هذا المقام بذكر ما استحدثه المشرع الفرنسي من قواعد بموجب قانون تدعيم "قرينة" البراءة لسنة٢٠٠٠، والتي تهدف بمجملها إلى تدعيم حق الاستعانة بمدافع أثناء إجراءات التحقيق والمحاكمة، وتتبدى تلك الضمانات في الآتي:

الضمانة الأولى: اضاف المشرع الفرنسي بموجب قانون ١٥ يونيو ٢٠٠٠، نص المادة

---

(1)Jacques BUISSON: "La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes" op. Cit. , p25.

وقد سبق ان تحدثنا عن تلك الإدانات في الموضوعات السابقة في الفصل الثاني من الباب الأول، ص ١٣٤.

٨٢-٢ على قانون الإجراءات الجنائية[١]، حيث أعطى الحق للمتهم في استدعاء محاميه، في حالة طلب أحد الأطراف -سواء كان شاهد، أو مدعي بالحق المدني، أو شخص آخر محلاً للفحص- من قاضي التحقيق الانتقال إلى الأماكن، أو سماع من يرى سماعه، وفقا لنص المادة ٨٢-١ من قانون الإجراءات الجنائية.

الضمانة الثانية: أدخل المشرع بموجب ذات القانون، تسهيلات جديدة على إجراءات تعيين المحامي في حالة التوقيف المؤقت، حيث أعطى المتهم الموقوف الحق في اختيار محاميه، بمجرد خطاب يوجه إلى المحامي، وترسل نسخة من هذا الخطاب إلى مكتب قاضي التحقيق ، ويتعين ان يؤكد المتهم هذا الاختيار للقاضي في خلال ١٥ يوماً[٢].

---

(١)Article 82-2 du Code de procédure pénale:(inséré par Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 21 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001)

" Lorsque la personne mise en examen saisit le juge d'instruction, en application des dispositions de l'article 82-1, d'une demande tendant à ce que ce magistrat procède à un transport sur les lieux, à l'audition d'un témoin, d'une partie civile ou d'une autre personne mise en examen, elle peut demander que cet acte soit effectué en présence de son avocat.

La partie civile dispose de ce même droit s'agissant d'un transport sur les lieux, de l'audition d'un témoin ou d'une autre partie civile ou de l'interrogatoire de la personne mise en examen.

Le juge d'instruction statue sur ces demandes conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 82-1. S'il fait droit à la demande, le juge d'instruction convoque l'avocat au plus tard dans les deux jours ouvrables avant la date du transport, de l'audition ou de l'interrogatoire, au cours desquels celui-ci peut intervenir dans les conditions prévues à l'article 120".

(٢) انظر المادة ١١٥ من قانون الإجراءات الجنائي الفرنسي :

Article 115: du Code de procédure pénale (Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 33 Journal Officiel du 5 janvier 1993 en vigueur le 1er mars 1993)(Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 18 Journal Officiel du 16 juin 2000)(Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 art. 117 Journal Officiel du 10 mars 2004 en vigueur le 1er octobre 2004)

Les parties peuvent à tout moment de l'information faire connaître au juge d'instruction le nom de l'avocat choisi par elles ; si elles désignent plusieurs avocats, elles doivent faire connaître celui d'entre eux auquel seront adressées les convocations et notifications ; à défaut de ce choix, celles-ci seront adressées à l'avocat premier choisi.

Sauf lorsqu'il s'agit de la première désignation d'un avocat par une partie ou lorsque la désignation intervient au cours d'un interrogatoire ou d'une audition, le choix effectué par les parties en application de l'alinéa précédent doit faire l'objet d'une déclaration au greffier du juge d'instruction. La déclaration doit être constatée

الضمانة الثالثة: ضمان عدم تعرض المحامين لأي نوع من المضايقة او الترهيب في القانون الفرنسي:

والحقيقة أن النظرة الغالبة إلى المحامين الذين يدافعون عن الأشخاص المتهمين بممارسة أنشطة إجرامية، ذات الطابع الجسيم، كجرائم القتل، وجرائم الإرهاب، وكأنما هم يشاركون موكليهم نفس آرائهم. وعادة ما يتعرض هؤلاء المحامون إلى نوع من التضييق والإعاقة، بسبب أدائهم لواجباتهم المهنية. وبغض النظر عمن يخالف شرف المهنة ليدافع عن المذنبين بقصد قلب الحقائق والخروج عن مقتضيات سير العدالة. فإنه ينبغي الحرص على عدم المطابقة بين شخصية المحامي، وشخصية موكله، أو يدمغ بجريرته بسبب دفاعه عنه.

ولضمان عدم إساءة استخدام السلطة من قبل قاضي التحقيق، بهدف إعاقة حق الشخص في الاستعانة بمدافع، فقد حظر القانون الفرنسي وفقا للتعديلات الحديثة، اتخاذ إجراءات ضد المحامي تحظر مباشرته المهنة، إلا بقرار يصدر من مجلس نقابة المحامين بناء على طلب قاضي التحقيق[1].

وغني عن البيان أن الحقوق التي كفلتها المعاهدة الدولية للحقوق المدنية

=et datée par le greffier qui la signe ainsi que la partie concernée. Si celle-ci ne peut signer, il en est fait mention par le greffier. Lorsque la partie ne réside pas dans le ressort de la juridiction compétente, la déclaration au greffier peut être faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Lorsque la personne mise en examen est détenue, le choix effectué par elle en application du premier alinéa peut également faire l'objet d'une déclaration auprès du chef de l'établissement pénitentiaire. Cette déclaration est constatée et datée par le chef de l'établissement qui la signe ainsi que la personne détenue. Si celle-ci ne peut signer, il en est fait mention par le chef de l'établissement. Ce document est adressé sans délai, en original ou en copie et par tout moyen, au greffier du juge d'instruction. La désignation de l'avocat prend effet à compter de la réception du document par le greffier.

Lorsque la personne mise en examen est détenue, le choix peut également résulter d'un courrier désignant un avocat pour assurer sa défense. La déclaration prévue au deuxième alinéa doit alors être faite par l'avocat désigné ; celui-ci remet au greffier une copie, complète ou partielle, du courrier qui lui a été adressé, et qui est annexée par le greffier à la déclaration. La personne mise en examen doit confirmer son choix dans les quinze jours selon l'une des modalités prévues aux deuxième et troisième alinéas. Pendant ce délai, la désignation est tenue pour effective.

(1)Henri Leclerc - " la loi 15 juin 2000. Renforçant la présomption d'innocence et les droits des victime." G.P. 29-30 sept. 2000 - N°. 23 et 275 - Doc.p.5.

والسياسية وكذلك الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان بشأن الحق في الاستعانة بمدافع قد كفلها القانون الفرنسي.وقد سبق لنا وان تطرقنا لتلك الحقوق. ونحيل القارئ إليها، تحاشيا للتكرار[1].

الفرع الثاني

موقف القانون المصري من حق الاستعانة بمدافع

أولاً :مدى كفالة حق الاستعانة بمدافع أثناء الاستدلالات :

١- موقف التشريع المصري من هذا الحق

للوقوف على موقف التشريع المصري من حق الشخص في الاستعانة بمدافع في مرحلة الاستدلال، نصت المادة ٦٧ من الدستور المصري على أن" المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه. وكل متهم في جناية يجب أن يكون له محام يدافع عنه ". ونصت المادة ٦٩ بأن: " حق الدفاع أصالة او بالوكالة مكفول، ويكفل القانون لغير القادرين ماليا وسائل الالتجاء إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم". ثم نصت المادة ٧١ على ان " يبلغ كل من يقبض عليه او يعتقل بأسباب القبض عليه، او اعتقاله فوراً، ويكون له حق الاتصال بمن يرى إبلاغه بما وقع، او الاستعانة به على الوجه الذي ينظمه القانون، ويجب إعلانه على وجه السرعة بالتهم الموجهة إليه، وله ولغيره التظلم أمام القضاء من الإجراء الذي قيد حريته الشخصية ". وهذا النص الأخير لم يقصر كفالة حق الدفاع على مرحلة المحاكمة وحسب بل اباحه منذ بداية القبض عليه.

وباستعراض قانون الإجراءات الجنائية في المواد ٧٧، ٧٨، ١٢٤، ١٢٥، نجد انه قد اشار إلى حق الشخص المتهم في الاستعانة بمدافع بصفة عامة. و لم يحدد صراحة هذا الحق في مرحلة الاستدلالات.

٢- موقف الفقه والقضاء من حق الاستعانة بمدافع في مرحلة الاستدلالات :

أختلف الفقه المصري في تقديرهم لحق الشخص المشتبه فيه في الاستعانة بمدافع في مرحلة الاستدلال، ففي حين ذهب بعض الفقه[2] إلى أنه لا يوجد نص يشترط

---

(1) انظر ما سبق في هذا الفصل ، ص ٣٦٨- ٣٧٥.

(2) الدكتور فوزية عبد الستار، " شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ١٩٩٠، ص٢٦٢ . الدكتور مامون سلامة، " الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، دار النهضة العربية ٢٠٠٠، ص ٥١٣و٥١٤. الدكتور عمرو إبراهيم الوقاد، " التحفظ على الأشخاص وحقوق وضمانات المتحفظ عليه"، مرجع سابق، ص ١٥٧ و١٥٨.

الاستعانة بمدافع في مرحلة جمع الاستدلالات،كونها ليست من إجراءات التحقيق ولم تثبت للشخص صفة المتهم، كما ان المشرع لم يتناول هذا الحق إلا في الفصل الثاني من الباب الثالث الخاص بمباشرة التحقيق .وبالتالي لم تتجه إرادة المشرع إلى إعطاء الحق في الاستعانة بمدافع في مرحلة الاستدلال، و لا يمكن للمشتبه فيه التمسك باصطحاب محاميه في هذه المرحلة، ويترك الخيار لمأمور الضبط القضائي، فله ان يسمح بذلك أو يرفض.

وفي اتجاه مغاير، ذهب البعض[1] إلى ان نص الدستور ونصوص قانون الإجراءات الجنائية وقانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ جاءت عامة، وليست قاصرة على مرحلة دون اخرى؛ فهي لم تشر إلى مرحلة جمع الاستدلالات ولم تنفها، كما ان لفظ المتهم الذي اورده المشرع له مفهوم واسع، اوضحته محكمة النقض في احد احكامها، حيث يشمل كل من وجه إليه الاتهام بارتكاب جريمة معينة، ولو كان ذلك اثناء قيام مأمور الضبط القضائي بمهمة البحث عن الجرائم، ومرتكبيها وجمع الاستدلالات، ما دامت قد حامت حوله الشبهات في أن له ضلعا في ارتكاب الجريمة[2] وبصدد لفظ التحقيق ايضا له مفهوم واسع، يشمل الاستدلالات، والتحقيق الابتدائي. ولا يمكن القطع بأن المشرع أراد قصر لفظ التحقيق على المفهوم الضيق.كما أن التوسع في مفهوم المتهم وكذا مفهوم التحقيق هو الذي يتمشى مع مصلحة المتهم، لأنه وإن كان من ضمانات العدالة حضور المحامي مع المتهم أمام سلطة التحقيق الابتدائي فإن ذلك يكون من باب اولى أمام مأمور الضبط القضائي في مرحلة الاستدلالات. ويخلص هذا الراي إلى أن التشريع المصري يشمل في مفهومه حق الشخص في الاستعانة بمدافع في مرحلة جمع الاستدلالات.

ولكن هذا الراي يناقضه حكم محكمة النقض المصرية في احد احكامها، حيث قضت: بأن ما يقوله المتهم بشأن بطلان محضر جمع الاستدلالات، بسبب ان البوليس منع محاميه من الحضور، اثناء تحرير المحضر لا اساس له من القانون[3] وهذا يعني ان

---

(1) انظر: الدكتور عبد الرءوف مهدي: " شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية " ، مرجع سابق، ص٣٢٢. الدكتور اسامة عبد الله قايد : " حقوق وضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال" ، مرجع سابق، ص١٩٩. د.محمود احمد طه : " حق الاستعانة بمحام اثناء تحقيقات الشرطة ، دار النهضة العربية، ١٩٩٩ . ص٥٥. الدكتور إدريس عبد الجواد عبد الله بريك:" ضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال"، مرجع سابق، ص ٥٥١.

(2) نقض ٢٨ نوفمبر ١٩٦٦ ، مجموعة احكام النقض ، س١٧ رقم ٢١٩، ص١١٦١.

(3) نقض ٢٨ ابريل ١٩٩٦، مجموعة احكام النقض ، س٢٠ ق رقم ١١٩.

قضاء النقض المصري، لا يقر بحق الشخص في الاستعانة بمدافع اثناء إجراءات الاستدلالات. وينتقد انصار الرأي السابق ما ذهب إليه قضاء النقض بحجة منافاة ذلك للمبادئ العامة لحقوق الإنسان، والمبادئ الأساسية في قانون الإجراءات الجنائية في الفقرة الثالثة من المادة ٧٧ .والتي تقضي بأنه يجوز للخصوم الحق في اصطحاب وكلائهم في التحقيق" .. وهو نص مطلق كما سبق أن اوضحنا.

ثانياً موقف القانون المصري من حق الاستعانة بمدافع في مرحلتي التحقيق والمحاكمة :

إذا كان الفقه يقر بأن التشريع المصري لا يختلف بشأن ضمان حق المتهم في الاستعانة بمدافع في مرحلة المحاكمة عن الضمانات التي أقرتها المواثيق الدولية، غير أن الأمر مختلف في مرحلة التحقيق الابتدائي؛ فإذا كان الدستور المصري قد نص في الفقرة الثانية من المادة ٦٧ على ان" كل متهم في جناية يجب أن يكون له محام يدافع عنه". إلا ان بعض الفقه قد فسر هذا النص بأنه مقصور على مرحلة المحاكمة دون مرحلة التحقيق الابتدائي[١] . فالقانون الإجرائي المصري، وفقاً لهذا الرأي لم يضع الضمانات التي تكفل حق المتهم في الاتصال بمدافع في مرحلة التحقيق الابتدائي[٢] كما هو الحال في المواثيق الدولية المعترف بها، أو ما ذهب إليه التشريع الفرنسي.

ولكن هذا التفسير -من وجهة نظرنا- لا يحالفه التوفيق، وذلك من ناحيتين : **الناحية الأولى**: أن الحق في الاستعانة بمدافع جاء تالياً للحق الأساسي الذي انبثق منه حق الاستعانة بمدافع الا وهو : ان" **المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه**". وهذا المبدأ كما فسرته المحكمة الدستورية العليا في مصر بأنه " يمتد إلى كل فرد سواء أكان مشتبها فيه، أم متهما باعتباره قاعدة جوهرية اقرته الشرائع جميعها "[٣] . وبالتالي وفقا لهذا الأصل، فإن كل متهم يجب ان يكون له محام يدافع عنه في أي مرحلة من مراحل الدعوى.

ومن الناحية الثانية: إذا كان هناك بُدّ من تفسير قصد المشرع الدستوري في

---

(١) انظر : الدكتور حسن صادق المرصفاوي: " حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية - مرحلة ما قبل المحاكمة- مرجع سابق ، ص٤١.

(٢) انظر، الدكتور هلالي عبد اللاه احمد : " المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي" دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص ١٨٩ و١٩٠.

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ ، القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية دستورية ، مجموعة احكام المحكمة الدستورية " الجزء السابع " ، ص١٨٠ . وجلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦، القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية " دستورية"، مجموعة احكم المحكمة الدستورية جـ٧، ص٧٤\.

هذا الشأن، فإن التفسير يجب ان يتجه نحو توسيع نطاق حق الاستعانة بمدافع ليشمل كافة المراحل، لأنها جميعاً تمس بأصل البراءة.

ومما يؤكد على ان حق الاستعانة بمدافع مكفول في كافة المراحل، ان الدستور المصري نص في المادة ٧١ على انه " يبلغ كل من يقبض عليه، او يعتقل بأسباب القبض عليه، أو اعتقاله فوراً. ويكون له حق الاتصال بمن يرى إبلاغه بما وقع، أو الاستعانة به..". ومفهوم الاستعانة بالغير كما حددته المحكمة الدستورية العليا في مصر، بأنه " ضمان حق الشخص المقبوض عليه، او المعتقل في الحصول على المشورة القانونية ممن يختاره من المحامين. وهي لازمة لمعاونته على إزالة الشبهات العالقة به وإزاحة القيود المفروضة على حريته الشخصية، ومن غير الجائز معها الفصل بينه وبين محاميه، مما يسيء إلى مركزه، سواء اثناء التحقيق الابتدائي او قبله"[1].

ويتبين من النصين الدستوريين سالفي الذكر ان المتهم له الحق في الاستعانة بمدافع في كافة المراحل طالما مست حرية الشخص في التنقل.

ولكن هذا النص يستدعي تدخل المشرع الإجرائي المصري ليتولى تعزيز حماية هذا الحق بالنص عليه صراحة في المراحل السابقة على المحاكمة، وان يضع الضمانات الكفيلة بالأخذ به، حسب ما جاء في المعايير الدولية، وعلى غرار ما فعله المشرع الفرنسي.

ومما يؤكد ان المشرع المصري قد كفل حق المتهم في الاستعانة بمدافع في مرحلة التحقيق الابتدائي انه لم يجز استجوابه إلا بعد حضور محاميه، ما عدا حالة التلبس أو السرعة بسبب الخوف من ضياع الأدلة فقد اجاز استجوابه دون شرط حضور المحامي[2]

ولكن ما يؤخذ على المشرع المصري، انه من ناحية قصر هذا الحق على الجرائم الجنايات فحسب، **وهذا يتعارض مع أصل البراءة**. ومن ناحية ثانية أنه اقتصر فقط على المحامي الذي يعينه المتهم، ولم يوضح النص حقه في أن يخطر بوجود من يدافع

---

(1) المحكمة الدستورية العليا في جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ في القضية رقم ٦ لسنة ١٣ ق، " دستورية" ، مجموعة احكام المحكمة الدستورية " الجزء الخامس " ، ص ٣٤٤ .

(2) انظر نص المادتين ١٢٤و ١٢٥. راجع، استاذنا الدكتور محمد ابو العلا عقيدة ، " شرح قانون الإجراءات الجنائية" ، مرجع سابق ، ص ٤٥٢.

عنه إذا لم يكن له من يدافع عنه، وان يزود بمدافع يدافع عنه دون تحميله اجراً على ذلك إذا كان لا يملك الوسائل الكافية لدفع هذا الأجر، ما دامت مصلحة العدالة تقتضي ذلك.

ومن ناحية ثالثة ان المشرع خالف الدور الإيجابي الذي ينبغي ان يقوم به المحامي عند حضوره استجواب المتهم، وذلك عندما نص في عجز المادة ١٢٤ بأنه " لا يجوز للمحامي الكلام إلا إذا أذن له القاضي (أي قاضي التحقيق)، وإذا لم يأذن له وجب إثبات ذلك في المحضر" . وهذا النص يوحي بأن حضور المحامي الاستجواب مجرد إجراء شكلي ليس إلا.

وهذا النص هو من نتاج النظام التنقيبي الذي ينظر للتحقيق الابتدائي على انه من الإجراءات الخطيرة التي ينبغي أن تمارسه سلطة التحقيق بعيداً عن اي دور للمحامي.

وندعو المشرع إلى تعديل هذا النص حتى لا يظهر حق الاستعانة بمدافع مجرد إجراء شكلي. يسمح له بالحضور ابتداءً، فإذا حضر لا يحق له التكلم، إلا إذا أذن له المحقق! ويكاد الضمان الوحيد هنا هو انه إذا لم يأذن له بالكلام وجب إثبات ذلك في المحضر.

الفرع الثالث

موقف القانون اليمني من حق الاستعانة بمدافع

أولاً : مدى الإقرار الدستوري لهذا الحق :

كفل الدستور اليمني حماية الحق في الاستعانة بمدافع في كافة مراحل الدعوى الجنائية والمرحلة السابقة عليها، أي في مرحلة جمع الاستدلالات، ويظهر ذلك جلياً من خلال نص المادتين ٤٨ و ٤٩ من الدستور، حيث جاء في المادة ٤٨ -أ بأنه " **للإنسان الذي تقيد حريته -بأي قيد- الحق في الامتناع عن الإدلاء بأية أقوال، إلا بحضور محاميه**". وجاء في الفقرة " ج " من المادة ذاتها بأنه " **كل من يقبض عليه بصفة مؤقتة بسبب الاشتباه في ارتكابه جريمة، يجب ان يقدم إلى القضاء خلال أربع وعشرين ساعة من تاريخ القبض عليه على الأكثر وعلى القاضي او النيابة العامة تبليغه بأسباب القبض، واستجوابه، وتمكينه من إبداء دفاعه، واعتراضاته..**"[1]

---

(١) الدستور اليمني وفقا للتعديلات الصادر في ١٩٩٤/٩/٢٩ ، مجموعة التشريعات اليمنية ، صادر عن مكتب النائب العام الكتاب الاول٢٠٠٢ ص١٦ .

وفي الفقرة " د " نص على انه " عند إلقاء القبض على اي شخص لأي سبب، يجب ان يخطر فوراً من يختاره المقبوض عليه، كما يجب ذلك عند صدور كل امر قضائي باستمرار الحجز.فإذا تعذر على المقبوض عليه الاختيار، وجب إبلاغ أقاربه او من يهمه الأمر".

وفي الفقرة " هـ " من ذات المادة نص على الأثر المترتب على مخالفة هذه الفقرات. فجاء فيها " يحدد القانون عقاب من يخالف احكام اي فقرة من فقرات هذه المادة، كما يحدد التعويض المناسب عن الإضرار التي قد تلحق بالشخص من جراء المخالفة..."

ونصت المادة ٤٩ من الدستور اليمني على ان " حق الدفاع اصالة او وكالة مكفول في جميع مراحل التحقيق، والدعوى، وأمام جميع المحاكم، وفقا لأحكام القانون وتكفل الدولة العون القضائي لغير القادرين وفقا للقانون".

وباستقراء تلك النصوص يتضح أن الدستور لم يقصر نطاق هذا المبدا على المتهم في مرحلة المحاكمة، وإنما شمل ذلك مرحلة التحقيق الابتدائي، ومرحلة جمع الاستدلالات. وإذا كان المشرع لم يسم صراحة مرحلة جمع الاستدلالات، إلا أن روح النصوص توحي بذلك. فالدستور من ناحية استخدم لفظ " اي شخص"، ولم يستخدم لفظ المتهم. ومن ناحية اخرى نجد أن الدستور نص على ان حق الدفاع أصالة، او وكالة مكفول " في جميع مراحل التحقيق. والدعوى، وأمام جميع المحاكم.وهذا النص قصد به كافة المراحل بما فيها مرحلة الاستدلالات، وإلا ما جرت عبارات النص على تلك الصورة، ولكان اكتفى بقوله : " على ان حق الدفاع اصالة او وكالة مكفول في مرحلة التحقيق والدعوى وأمام جميع المحاكم". ويذهب العديد من الفقه إلى أن التحقيق له مفهوم واسع يشمل جمع الاستدلال، والتحقيق الابتدائي[1].

ثانياً : الضمانات التي كفلها قانون الإجراءات الجزائية لهذا الحق في كافة المراحل:

نص المشرع اليمني في المادة ٩-١ من قانون الإجراءات الجزائية بأن " حق الدفاع مكفول، وللمتهم ان يتولى الدفاع بنفسه. كما له الاستعانة بممثل للدفاع عنه، في

---

(1) انظر: الدكتور رءوف عبيد، " حق الدفاع الجنائي في بعض جوانبه ومشكلاته الأساسية " ، مجلة الأمن العام العدد ٧٤ ، ١٩٧٦ ، ص٨ . الدكتور سامي صادق الملا، " حق المتهم في الاستعانة بمحام اثناء مرحلة تحقيقات الشرطة، مجلة المحاماة، العددين التاسع والعاشر، نوفمبر -ديسمبر ١٩٨٦، ص ٢٤. الدكتور محمود صالح العادلي، " حق الدفاع أمام القضاء الجنائي "، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، ١٩٩١، ص٢٥٤. محمود أحمد طه، " حق الاستعانة بمحام اثناء تحقيقات الشرطة " مرجع سابق، ص٤٨.

أية مرحلة من مراحل القضية الجزائية، بما في ذلك مرحلة التحقيق،وتوفر الدولة للمعسر والفقير مدافعا عنه من المحامين المعتمدين. ويصدر مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير العدل، لائحة بتنظيم امور توفير المدافع من المحامين المعتمدين للمعسر والفقير. وتنص الفقرة الثانية على انه" **يجب على مامور الضبط القضائي والنيابة العامة، والمحكمة ان ينبهوا المتهم إلى ماله من حقوق تجاه التهمة الموجهة إليه ...".**

ويظهر من خلال هذا النص أن قانون الإجراءات الجزائية اليمني يتمشى مع ما جاء في الدستور، حيث نص على سريان هذا الحق في كافة مراحل الإجراءات الجزائية. وقد استخدم المشرع الإجرائي في هذه الحالة لفظ "المتهم" بخلاف النص الدستوري الذي استخدم لفظ " **أي شخص** "، إلا أن هذا اللفظ له مدلولان- كما ذهب رجال الفقه[1] -هما: المدلول الضيق والمدلول الواسع. حيث ينصرف المدلول الضيق للمتهم إلى الشخص الذي يوجه له الاتهام. وتتخذ في مواجهته إجراءات التحقيق الابتدائي. وأما مدلوله الواسع فينصرف إلى كل شخص تحوم حوله الشبهات، بأنه ارتكب الجريمة دون توجيه الاتهام ضده، أو اتخاذ إجراءات التحقيق الابتدائي حياله. ويتخذ المشرع اليمني مفهوما واسعاً، بدليل انه يطلق على الشخص المتحفظ عليه في مرحلة جمع الاستدلالات لفظ المتهم، وهو اللفظ الذي ورد في كتب الفقه الإسلامي . وهناك العديد من النصوص تأخذ بهذا اللفظ الواسع.

ومن جانب آخر، نجد أن المشرع الإجرائي اليمني نص على حق الاستعانة بمدافع في " **أية مرحلة من مراحل القضية الجزائية** ". وهذا اللفظ صريح في أن مرحلة جمع الاستدلالات ضمن مراحل القضية الجزائية.

وتكون الحاجة للاستعانة بمدافع في مرحلة الاستدلالات أكثر إلحاحاً، أو على الأقل لا تقل اهمية عن بقية المراحل، كونها المرحلة الأولى الموصلة للإدانة، أو البراءة، و من المؤكد. ان جهة التحقيق الجنائي، وكذلك جهة المحاكمة تتأثر بما ينتج عن هذه المرحلة من دلائل.

ومن الضمانات التي كفلها المشرع اليمني لحق الشخص في الاستعانة بمدافع ما يلي:

---

(1) انظر، الدكتور اسامة عبد الله قايد: " حقوق وضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال "، مرجع سابق، ١٧. الدكتور محمود احمد طه: المرجع السابق، ص٤٨.

١- حقه في أن يبلغ فور القبض عليه بحقه في الاتصال بمدافع:

وفي هذا الصدد نصت المادة ٧٣ من قانون الإجراءات الجزائية على انه " يبلغ فوراً كل من قبض عليه بأسباب هذا القبض، وله حق الإطلاع على امر القبض والاتصال بمن يرى إبلاغه بما وقع والاستعانة بمدافع..".

٢- عدم استجواب المتهم إلا بعد حضور محاميه:

من الضمانات التي كفلها المشرع اليمني لحق الشخص في الاستعانة بمدافع حقه في عدم استجوابه إلا في حضرة محاميه ومن حقه التزام الصمت إلى ان يحضر. وفي هذا الصدد نصت المادة ١٨١ من قانون الإجراءات الجزائية على انه "... لا يجوز في الجرائم الجسيمة أن يستجوب المتهم، او يواجه بغيره من المتهمين، او الشهود إلا بعد دعوة محاميه للحضور إن وجد. وعليه ان يخطره ان من حقه الا يجيب إلا بحضور محاميه"

ولكن ما يؤاخذ عليه هذا النص انه من ناحية قصر هذا الحق على الجرائم الجسيمة فحسب- وهو نفس ما اخذ على المشرع المصري-وهذا يتعارض مع اصل البراءة. ومن ناحية ثانية أنه اقتصر فقط على المحامي الذي يعينه المتهم، ولم يوضح النص حقه في أن يخطر بوجود من يدافع عنه إذا لم يكن له من يدافع عنه، وان يزود بمدافع يدافع عنه دون تحميله اجراً على ذلك إذا كان لا يملك الوسائل الكافية لدفع هذا الأجر ما دامت مصلحة العدالة تقتضي ذلك.

ومما يؤخذ عليه ايضاً أن المشرع إن كان قد كفل حق المتهم في عدم استجوابه إلا في حضور محاميه. فإنه يخالف الدور الإيجابي الذي ينبغي ان يقوم به المحامي عند حضوره استجواب المتهم، حيث نصت المادة ١٧٩ في فقرتها الثانية على انه " لا يجوز للمحامي الكلام إلا إذا اذن له المحقق، وإذا لم يأذن له وجب إثبات ذلك في المحضر". وهذا النص هو عين النص الذي جاء في عجز المادة ١٢٤إجراءات مصري وهو -كما قلنا- يوحي بأن حضور المحامي الاستجواب ما هو إلا مجرد إجراء شكلي. فإذا حضر لا يحق له التكلم، إلا إذا أذن له المحقق! والضمان الوحيد هو انه إذا لم يأذن له بالكلام وجب إثبات ذلك في المحضر.

وغني عن البيان، ان كافة الضمانات التي كفلتها المواثيق الدولية المعترف بها للمتهم في الاستعانة بمدافع تعد ملزمة للمشرع اليمني بنص الدستور اليمني في المادة السادسة منه.

ونستطيع أن نخلص مما سبق إلى أن الدستور اليمني، وكذا قانون الإجراءات الجزائية، قد أقرا حق الاستعانة بمدافع في كافة مراحل القضية الجزائية، دون قصره على مرحلة دون مرحلة. وهو حق يجوز استخدامه في مرحلة جمع الاستدلالات، إذا رغب المشتبه به في استخدام هذا الحق. ويتعين على مأمور الضبط القضائي أن يمكن الشخص المشتبه فيه بأن يستعين بمدافع، وأن يخطره بهذا الحق فور التحفظ عليه[1]. وإذا رفض مأمور الضبط القضائي هذا الطلب، أو تراخى في إبلاغ الشخص بهذا الحق، فإن ذلك يشكل انتهاكاً لحقوق الدفاع، وللحق في أصل البراءة ، ويوصم الإجراء بعدم المشروعية لمخالفته الدستور، مما يقتضي بطلانه، وبطلان ما يترتب عنه من إجراءات، بالإضافة إلى ما قرره الدستور اليمني من حماية جزائية ومدنية، في حالة انتهاك حق الشخص في الاستعانة بمدافع[2].

ولم يكتف الدستور اليمني على كفالة الحق، بل ضمنه بعض الإجراءات العملية التي تسهل القيام بهذا الإجراء. فهو إلى جانب إلزامه مأمور الضبط القضائي بأن يخطر الشخص المشتبه فيه بحقه في طلب محامي فقد كفل في ذات الوقت للأشخاص غير القادرين ان يستعينوا بمدافع أن تتكفل الدولة في تعيين مدافع على نفقتها وفي كافة مراحل الدعوى[3].

وإذا كان الدستور والقانون قد كفلا حق الشخص في الاستعانة بمدافع في كافة المراحل، فإن الواقع العملي يكشف عكس ذلك، فالملاحظ أن رجال الضبط القضائي لا يرحبون بمثل هذا التدخل الذي قد يرون فيه إجراءً يعرقل سير إجراءات البحث والتحري، ولما ساد في الأذهان أن السرية في إجراءات الاستدلال والتحقيق الابتدائي تقتضي الا يسمح بحضور محامي. والأمر الآخر السائد في الأذهان أن مجرد حضور المحامي كفيل بأن يقلب الحقيقة راسا على عقب، فيحول الشخص الذي يعتقد أنه قد يصدر حكم بإدانته إلى بريء، لذلك لم نقف على قضية حضر فيها محام في مرحلة جمع الاستدلالات في اليمن، ولم تسجل سابقة قضائية في هذا الخصوص بحسب علمنا. ويرجع ذلك إلى جهل العديد من الأشخاص الذين تتخذ ضدهم إجراءات الاستدلال والتحقيق الابتدائي بحقوقهم المكفولة دستورياً.

---

(1) انظر سابقا نص المادة ١/٩ من قانون الإجراءات الجزائية .

(2) انظر سابقا الفقرة "هـ" من الدستور اليمني والتي نصت على أن " يحدد القانون عقاب من يخالف احكام اي فقرة من فقرات هذه المادة (اي المادة٤٩)، كما يحدد التعويض المناسب عن الإضرار التي قد تلحق بالشخص من جراء المخالفة. . ."

(3) انظر نص المادة ٤٩ من الدستور اليمني والمشار إليها سابقا .

وارى انه قد حان الوقت لتفعيل هذا الحق الذي يتفق مع احكام التشريع الإسلامي، ومع الدستور ومع المواثيق الدولية الملزمة ، وان تكون هناك نظرة متوازنة بين الحفاظ على حقوق الشخص المشتبه فيه، وبين حماية حق المجتمع في كشف الجريمة ومعاقبة الجاني،عملاً بأن الأصل في الإنسان البراءة. وهو مبدا لا يفرق بين مرحلة الاستدلال. والمراحل الأخرى للدعوى الجنائية.

المبحث الثاني

ضمان الحق في الصمت وعدم إدانة النفس

تمهيد وتقسيم:

سبق القول بأن الحق في الصمت " Le droit au Silence" من الحقوق الأساسية للشخص اللاحق بتهمة جنائية. وقد اقر هذا الحق اولاً في النظام الأنجلوسكسوني، ثم انتقل بعد ذلك إلى النظام اللاتيني[1] وهو يرتبط بالحق في اصل البراءة ارتباطاً لا ينفك عنه، فإذا كان الأصل ان ينظر إلى الشخص على اساس انه مبرا من كل إثم او خطيئة، حتى يظهر ما يغير هذا الأصل، وهو الحكم البات ، وبالتالي، فإنه وفقاً لذلك يصبح غير ملزم بأن يبدي اقوال، او يقدم أدلة براءته، بمعنى أن له الحق بأن يقف موقفا سلبيا خلال الإجراءات الجنائية، كأن يمتنع عن الكلام او يمتنع عن تقديم ما يبرئه، لأنه بالأصل بريء[2]. وإذا فضل المتهم الإدلاء بأقواله او التزم الصمت، فيجب ان يكون في مأمن من كل تأثير، او إكراه، لأن ذلك من شأنه ان ينتهك أصل البراءة، فضلاً عما يسببه ذلك من إهدار لحق المتهم في الدفاع عن نفسه.

ونظراً لأن هذا الحق يجد أساسه في اصل البراءة، فإن ضمانات هذا الحق يمثل مصدراً من مصادر الحماية الجنائية لأصل البراءة.

ولذلك سوف نتطرق في هذا المبحث لضمانات هذا الحق في المواثيق والمعايير الدولية ذات الصلة. ثم نتطرق إلى ضمانات هذا الحق في القانون المقارن، وموقف الفقه من هذا الحق.

---

(1)Catherine SAMET:"La présomption d'innocence ",op. cit., P13.

(2) الدكتور حسام الدين محمد احمد: " حق المتهم في الصمت"، ط٣ ٢٠٠٣، دار النهضة العربية، ص٧٦.

وسوف نبدا أولاً بتحديد مفهوم هذا الحق، وطبيعته، وعناصره. وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

مدلول الحق في الصمت

يطلق البعض على الحق في الصمت مصطلح "عدم الشهادة ضد النفس". أو"الحق في ان يظل المتهم صامتا"[1] .وقد شاع مصطلح الحق في الصمت لدى العديد من القوانين في النظم اللاتينية، وهو لفظ شائع جرت عليه السنة الشراح.

وذهب البعض [2] إلى ان مدلول الحق في عدم إدانة النفس" أو عدم الشهادة ضد النفس" ، هو اشمل من مدلول الحق في الصمت،لأن هذا الأخير، ما هو إلا مظهر من مظاهر عدم إدانة النفس: حيث ذهب إلى أن الصمت معناه الامتناع عن الكلام، في حين أن مدلول عدم تجريم النفس، يتضمن الامتناع عن الكلام، كما يتضمن معنى الامتناع عن تقديم اي دليل ضد النفس. قولياً كان هذا الدليل أم حسياً.

وذهب جانب من الفقه[3]. إلى ان مدلول الصمت هو أكثر اتساعاً من حيث المدلول اللفظي. فهو يتضمن الصمت، ويتجاوزه في ذات الوقت. وبالتالي، يعرفه بأنه تعبير عن كل موقف سلبي.

والظاهر أن مفهوم الحق في الصمت بمعناه الواسع، أي الامتناع عن الكلام، واتخاذ موقف سلبي تجاه كل إجراء، يستهدف تأكيد اتهامه، أو يقطع بإذنابه يحمل في ذاته معنى الحق في عدم تجريم النفس.

ولذلك فإننا نعني بمفهوم الحق في الصمت في هذا الصدد، بأنه عبارة عن حق قانوني للمتهم، يمكنه من السكوت، أو الامتناع عن الإجابة على ما قد يواجهه من

---

(1) وقد ورد مصطلح عدم الشهادة ضد النفس في التعديل الخامس للدستور الأمريكي . اما مصطلح الحق في أن يظل المتهم صامتا فهو مسلك القضاء الأمريكي، وقد ورد في قضية ميراندا الشهير في ولاية اريزونا عام ١٩٦٦ . انظر في ذلك : الدكتور حسام الدين محمد احمد: " حق المتهم في الصمت"، ط٣ ٢٠٠٢، دار النهضة العربية، ص٤٢، الهامش رقم ١ و٢.

(2) الدكتور احمد إدريس احمد : " افتراض براءة المتهم" ، مرجع سابق ، ص٥٦٢.

Bernard Bouloc:" le silence de la personne mise en examen pent- il justifier sa mise en détention".? " D. Sirey-1995-N°41.p. 41.

(3)Heaney and McGuiness v. Ireland N°. 34720/97 (21 December 2000)

الدكتور حسام الدين محمد احمد: " حق المتهم في الصمت"، المرجع السابق، ص٤٢ و٤٤.

اسئلة، او استجواب من قبل جهة التحقيق، في جريمة من الجرائم، دون أن يفسر صمته على انه قرينة ضده. فالصمت حق له، ولا يجوز ان يضار شخص لممارسته حقاً له[1].

وبناء على ذلك، فإن الصمت حق للمتهم في عدم الكلام، او اتخاذ موقف سلبي تجاه كل إجراء، او اكثر، يهدف إلى جمع الأدلة، لاتهامه، أو إثبات إذنابه. وهو حق طبيعي، يتلازم مع حق الإنسان في الكلام، ويرتب على ذلك التزام يقع على عاتق السلطة المعنية باحترام هذا الحق، وعدم التعرض له، وإتاحة الفرصة كاملة لممارسته دون عوائق . ومن ثم، فإن اي انتهاك أو اعتداء على هذا الحق هو في ذات الوقت يشكل - بطريقة غير مباشرة- اعتداءاً على أصل البراءة يستوجب العقاب[2].

المطلب الثاني

أساس شرعية حق المتهم في الصمت

إذا كان الحق في الصمت يجد أساسه في أصل البراءة، فإن له أساس آخر وهو: حرية المتهم في الدفاع عن نفسه، والذي يمثل احد الركائز الأساسية التي تقوم عليها العدالة الجنائية في المجتمعات المعاصرة[3].

وإذا كان هذا الحق يجد أساسه في أصل البراءة. وفي حق المتهم في الدفاع، فإن ذلك يقتضي الوقوف على مدى كفالة هذا الحق صراحة في المواثيق الدولية والتشريعات محل المقارنة. وموقف الفقه منه

وهو ما سنستعرضه على النحو التالي:

أولاً: في المواثيق والمعايير الدولية ذات الصلة:

في الواقع، إنه لا يوجد في المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان اي نص صريح يكفل حق المتهم في التزام الصمت، أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي، أو حتى في مرحلة المحاكمة، وإن كان هذا الحق يجد أساسه -كما سبق ان اكدنا- في أصل البراءة.

---

(1) انظر: استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري " ط٣ ٢٠٠٤، مرجع سابق، ص ٤٩٥. استاذنا الدكتور محمد ابو العلا عقيدة: " شرح قانون الإجراءات الجنائية"، مرجع سابق، ص ٤٥٣و ٤٥٤.

(2) الدكتور حسام الدين محمد أحمد: " المرجع السابق ، ص ٤٤.

(3) الدكتور حسن محمد ربيع: " حماية حقوق الإنسان والوسائل العلمية المستحدثة للتحقيق الجنائي" ، رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة- ١٩٨٥، ص ٥٤٢ .

وقد اقرت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان هذا الحق واعتبرته حقا اساسيا رغم عدم النص عليه صراحة في المادة السادسة من المعاهدة الأوربية لحقوق الإنسان، وذلك تأسيسا على أن الحق في الصمت يعد عنصراً اساسياً للحق في عدم مساهمة المتهم في دعم إدانته. وهذا الأخير نصت عليه المواثيق الدولية. وبالتالي لا يجوز لسلطة الاتهام ان تستند إلى دلائل تم الحصول عليها ضد إرادة المتهم[1].

وقالت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في حكم آخر لها :"إنه على الرغم من أن الحق في التزام الصمت ليس مذكوراً بصورة محددة في المادة السادسة من "الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان". فإن الحق في التزام الصمت اثناء استجواب الشرطة، والحق في عدم إدانة النفس، من المعايير المعترف بها دولياً بوجه عام، والتي تدخل في صلب فكرة عدالة الإجراءات الواردة في المادة السادسة. غير أن المحكمة رأت أن البت في مسألة انتهاك الحقوق الخاصة بالمحاكمة العادلة من جراء الاستنتاجات السلبية التي تتولد ضد المتهم من جراء التزامه للصمت، إنما يجب أن تحسم في ضوء جميع ملابسات الحالة[2].

ورات المحكمة الأوروبية أن الحق في عدم إدانة النفس قد انتهك في محاكمة جنائية ادرجت فيها ضمن ادلة الإثبات محاضر أقوال المتهم التي أجبره على الإدلاء بها موظفون ليسوا من المحققين القضائيين.

كما رات المحكمة المذكورة ان إقامة الدعوى القضائية على رجل رفض أن يسلم جواز السفر الخاص به لمفتشي الجمارك يمثل "محاولة لإرغام المتهم على تقديم الدليل على الجرائم التي يزعم أنه ارتكبها"، وان هذا يمثل "انتهاكاً لحق أي فرد متهم بارتكاب فعل جنائي... في التزام الصمت وألا يساهم في تجريم نفسه "[3].

ثانيا : الحق في الصمت في القانون المقارن:

في الواقع إن التشريعات المقارنة، وإن كانت جميعها تؤكد على حرية المتهم في إبداء أقواله، وهذا معناه كفالة حقه في الصمت. إلا أنها اختلفت من حيث التأكيد على هذا الحق صراحة.

---

(1)Jacques BUISSON : "La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000",op.cit. P37.
(2)Jacques BUISSON : ibid. P37.

(3)دليل المحاكمات العادلة ، مرجع سابق

وتكاد تشريعات النظام الانجلوسكسوني تنص على هذا الحق صراحة. فالتشريع الإنجليزي يلزم قاضي التحقيق ان ينبه المتهم قبل إدلائه بأقواله، بأنه غير مكلف بأن يصرح بأي شيء، وان كل تصريح منه يمكن ان يستغل ضده كدليل[1].

وكذلك جاء في التعديل الخامس من دستور الولايات المتحدة الأمريكية، انه " لا يجوز إجبار الشخص على أن يشهد ضد نفسه في الدعوى الجنائية"[2].

واقر القضاء الأمريكي هذا الحق في قضية " ميراندا ضد اريزونا" ذائعة الصيت حينما قضت المحكمة، بأن امتياز حماية التعديل الخامس ضد إدانة النفس، يقتضي ان يكون لكل فرد الحق في الصمت[3].

وتكاد تشريعات دول الاتحاد الأوربي تكفل الحق في الصمت في كافة مراحل الدعوى الجنائية،كونها محكومة بالاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، وتخضع لأحكام المحكمة الأوربية، والتي ذهبت إلى ضمان هذا الحق. وبالتالي فإن كل دولة تنضم لهذا الاتحاد، تصبح ملزمة بما جاء في هذه الاتفاقية.

١- موقف التشريع الفرنسي من حق الصمت:

بيّنا سابقاً أن المشرع الفرنسي كان قد فرض على مأمور الضبط القضائي في مرحلة الاستدلال إبلاغ الشخص المتحفظ عليه فوراً بحقه في عدم الإجابة على الأسئلة التي يوجهها المحققون (٦٣-١ تعديلات ٢٠٠٠). بيد ان المشرع سرعان ما عاد ليعدل هذا النص بموجب قانون٤ مارس ٢٠٠٢، ليصبح الواجب هو إعلام الشخص المتحفظ عليه بأن له الحق في إبداء اعترافات، أو في الإجابة على الأسئلة الموجهة له، أو ان يلتزم الصمت.وقد قصد المشرع بهذا التعديل؛ تفادي ما قد يتولد عند الشخص المحتجز من انطباع، بأن الأفضل له هو أن يصمت، ومن ثم فهو بالخيار بين أن يدلي باعترافات، أو أن يصمت. ولا يعد اعترافه حين التكلم من تلقاء نفسه انتهاك لحقوق الدفاع[4].

وبموجب هذا الحق اصبح مامور الضبط القضائي، ملزم بعدم التدخل في إرادة

---

(1)J. R. Spencer: " La procédure pénale anglais " 1er édition - 1998 que sais -je ? - Presses universitaire de France.p.42.

(2)Voir : Jean Cedras: " Le droit pénale américain".1997, que sais - Je? - de presses universitaire de France.P.105.

(3)Voir détail : Jean Cedras - " Le droit pénale américain ." Op.cit. P.105 et s.

(4) إدريان شارل دانا: مرجع سابق.

المتهم وحريته في إبداء اقواله. فهو بالخيار بين ان يصمت إذا ادرك ان الصمت خير له في عاقبة امره، وله أن يتوقف عن الاسترسال في الحديث متى ما ادرك ان استمراره في الحديث هو شر عليه، ويضر بمركزه.واي إخلال بهذا الحق يعد إخلال بأصل البراءة يستوجب معاقبة فاعله.

ويسرى هذا الأمر كذلك في مرحلة التحقيق الابتدائي، إذ يستوجب على قاضي التحقيق ان يخطر الشخص محل الفحص (المتهم) عند حضوره الأول، بأنه من حقه الاستعانة بمدافع، وأنه لا يستجوبه إلا إذا قبل ذلك وبحضور محاميه. وهو بالخيار بعد ذلك بين اختيار الصمت، او التحدث والإجابة عن الأسئلة التي توجه إليه.على انه إذا قرر التخلي عن حقه في الصمت، فيكون ذلك بحضور محاميه، او من يختار حضوره من الأشخاص المسموح حضورهم، ويدون ذلك في المحضر[1].

٢-موقف المشرع المصري من الحق في التزام الصمت:

لم يتضمن التشريع الإجرائي المصري نصاً صريحاً يعطي الحق للمتهم في الصمت أثناء إجراءات التحقيق.غير أن محكمة النقض المصرية أقرت بحق المتهم في الصمت، حيث قضت بأنه " من المقرر قانونا ان للمتهم - إذا شاء- أن يمتنع عن الإجابة، أو الاستمرار فيها، ولا يعد هذا الامتناع قرينة ضده، وإذا تكلم، فإنما يبدي دفاعه، ومن حقه دون غيره ان يختار الوقت والطريقة التي يبدي بها هذا الدفاع ، فلا يصح أن يتخذ الحكم من امتناع المتهم عن الإجابة في التحقيق الذي باشرته النيابة العامة قرينة على ثبوت التهمة قبله[2].

واستقر راي غالبية الفقه في مصر على أنه من حق المتهم التزام الصمت بالرغم من عدم وجود النص صراحة[3].وقد استند الفقه على نصوص متفرقة في محاولة منهم لإقرار هذا الحق، ومنها نص المادة ١/٢٧٤ أ.ج. والتي جرى نصها على أنه " لا يجوز

---

(1) انظر في ذلك : " المادة ٨٠-٢ المعدلة بموجب قانون رقم ١١٣٨ الصادر في ٩ سبتمبر ٢٠٠٢ والمادة ١١٤ والمعدلة بموجب القانون رقم ٢٠٤ الصادر في ٩ مارس ٢٠٠٤ ، والمادة ١١٦ المعدلة بموجب قانون رقم ٥١٦ الصادر في ١٥يونيو ٢٠٠٠ ثم في ٣٠ ديسمبر ٢٠٠٠" من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.

(2) نقض جنائي ١٧ مايو ١٩٦٠ مجموعة احكام النقض ، س١١، رقم ٩٠ ، ص٤٦٧ .

(3)انظر ، استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري "ط٣ ٢٠٠٤، مرجع سابق، ص ٤٩٥. استاذنا الدكتور محمد ابو العلا عقيدة: " شرح قانون الإجراءات الجنائية" ، مرجع سابق، ص ٤٥٣و ٤٥٤. الدكتور عبد الرءوف مهدي : " شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية " ، مرجع سابق ، ص٥١٣. محمد محي الدين عوض : " حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية" ، مرجع سابق ، ص ١٨١ . الدكتور علاء محمد الصاوي سلام : " حق المتهم في محاكمة عادلة" ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ ، ص٥٩٧.

استجواب المتهم (اثناء المحاكمة) إلا إذا قبل ذلك". وبمفهوم المخالفة إذا رفض المتهم الإجابة، فلا يجوز للمحكمة ان تتخذ من امتناعه قرينة ضده[1].

٢-موقف المشرع اليمني من الحق في الصمت:

نص الدستور اليمني في الفقرة الأخيرة من المادة ٤٨ على أن ".. للإنسان الذي تقيد حريته الحق في الامتناع عن الإدلاء بأية اقوال..."

ونصت المادة ٢/٩ من قانون الإجراءات الجزائية اليمني على أنه " يجب على مأمور الضبط القضائي والنيابة العامة، والمحكمة ان ينبهوا المتهم إلى ماله من حقوق تجاه التهمة الموجهة إليه، وإلى وسائل الإثبات المتاحة له، وأن يعملوا على صيانة حقوقه الشخصية والمالية". ومن صيانة حقوقه الشخصية حقه في الصمت.

كما نصت المادة ١٧٨ من القانون ذاته على انه " لا يجوز تحليف المتهم اليمين الشرعية، ولا إجباره على الإجابة، ولا يعتبر امتناعه عنها قرينة على ثبوت التهمة ضده . كما لا يجوز التحايل، أو استخدام العنف، أو الضغط بأي وسيلة من وسائل الإغراء والإكراه لحمله على الاعتراف ".

ونصت المادة ١٨١ من القانون ذاته على انه "...لا يجوز في الجرائم الجسيمة، أن يستجوب المتهم. أو يواجه بغيره من المتهمين، أو الشهود إلا بعد دعوة محاميه للحضور إن وجد، وعليه أن يخطره (المحقق) **أن من حقه ألا يجيب إلا بحضور محاميه".**

ونصت المادة ١٨٢ على انه " عند حضور المتهم لأول مرة في التحقيق، يجب على المحقق أن يتثبت من شخصيته ثم يحيطه علماً بحقيقة التهمة والوقائع المسندة إليه وتعريفه بأنه حر في الإدلاء بأية إيضاحات ويثبت أقواله في المحضر ".

وهذه النصوص جميعها تقطع بما لا يدع مجالاً للشك على انه من حق المتهم ان يلتزم الصمت في كافة مرحلة الإجراءات الجنائية في القانون اليمني.

ثالثاً :موقف الفقه من الحق في الصمت:

تباينت آراء الفقه بشأن الحق في الصمت إلى اتجاهين : حيث ذهب الاتجاه الأول إلى، أن إقرار مثل هذا الحق للمتهم، من شأنه إهدار مقتضيات العدالة التي تحتم ضرورة البحث والتحري من أجل الوصول إلى كشف الحقيقة، والإقرار بهذا الحق من

---

(1) الدكتور نعيم عطية : " حق المتهم في الصمت ، مرجع سابق ، ص١٥.

شانه ان يعطل كشف الحقيقة[1]. كما انه يتعارض مع الغاية من تشريع السؤال والاستجواب[2].

واما الاتجاه الثاني وهو الغالب[3] - وما نؤيده- فقد ذهب إلى القول بحق المتهم في الصمت، حيث يجد هذا الحق اساسه في المبدأ الهام الذي يقضي بأن الأصل في المتهم البراءة، وهو مبدأ - كما بينا- اكدته الإعلانات والاتفاقيات الدولية والإقليمية، وتضمنته دساتير البلدان المعاصرة. وبمقتضاه، فإن المتهم غير مطالب، بأن يقدم اي دليل على براءاته في التهمة الموجهة إليه -على ما سنبينه لاحقاً-[4] ولذلك فإن للمتهم الحق في التزام الصمت، وعدم الإجابة عما يوجه إليه من اسئلة طالما انه غير ملزم قانوناً بإثبات براءاته، علاوة على أن الحق في الصمت يمثل احد مظاهر الدفاع عن نفسه.

المطلب الثالث

المخاطر التي تواجه الحق في الصمت

"وأثرها على أصل البراءة"

لما كان المتهم هو المحور الأساسي لكافة إجراءات الخصومة الجنائية،فإن سلطة التحقيق تنظر له على أنه يحمل بداخله مفاتيح الحقيقة. وبالتالي قد يتعرض حقه في الصمت - وغيره من الحقوق- للخطر الحقيقي. وهذا الخطر قد يكون ناتجاً عن

---

(1) انظر: الدكتور محمد سامي النبراوي: " استجواب المتهم " ، ص ١٤٩ وما بعدها . وانظر في عرض هذا الرأي، الدكتور سامي صادق الملا: " حق المتهم في الصمت" ، مجلة الأمن العام العدد ٥٣ السنة ١٤ ابريل ١٩٧١ ، ص٢١ والمرجع المشار إليه في الهامش .

(2) راجع: الدكتور كمال عبد الرشيد : " التحفظ على الأشخاص في قانون الإجراءات الجنائية " ، مرجع سابق ، ص٥٢٩.

(3) انظر، استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق ، ص ٥٠٤ وما بعدها . الدكتور عوض محمد عوض : " المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية" ، مرجع سابق ، ص٤١٩. الدكتور حسام الدين محمد أحمد: " حق المتهم في الصمت"، المرجع السابق، ص٥٩ وما بعدها د.عادل حامد بشير محمد: " ضمانات الاستجواب – دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة ٢٠٠١، ص١٩٥..الدكتور حامد راشد : " دور المحكمة الدستورية العليا في إقرار مبادئ العدالة الجنائية " ، دار النهضة العربية ، ط١ ، ٢٠٠١، ص٢٣٧. الدكتور محمد خميس: " الإخلال بحق المتهم في الدفاع "، مرجع سابق، ص ١٠٧. الدكتور إدريس عبد الجواد عبد الله بريك: ضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال، مرجع سابق، ص٥٣.

Jacqueline Decomps" La présomption d'innocence entre vérité et culpabilité." Thèse. Université de Pau et des pays de l'Adour faculté de droit d'économie et de Gestion- 1998.p.213, et s.

(4) وسوف نناقش عبء الإثبات في الباب الرابع.

ممارسة غير مشروعة (مجرمة دولياً ومحلياً) يقوم بها رجال السلطة، تجاه المتهم، لإجباره على الكلام. وقد يكون القانون، هو مصدر ذلك الخطر، عندما يُغفل صراحة، حق للمتهم في الصمت، ويستتبع ذلك الإغفال تفسير الصمت في غير مصلحة المتهم. وقد يأخذ القضاء بدليل إدانة، تم التوصل إليه بطريقة تتنافى مع حق المتهم في الصمت[1].

ووفقاً لذلك، يمكن تقسيم المخاطر التي تواجه الحق في الصمت إلى ثلاثة مخاطر رئيسية وهي: **أولاً:** تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف. **وثانيا:** استعمال وسائل مؤثرة على إرادة المتهم. **وثالثاً:** استنتاج قرينة ذنب من صمت المتهم.

وسوف نناقش تلك المخاطر من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول

حظر تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف

يحتل التعذيب المرتبة الأولى في قائمة المخاطر التي يتعرض لها الحق في الصمت، وهي ظاهرة قديمة حديثة، متفشية في النظم الاستبدادية[2].ولا شك ان ذلك مرجعه عدم احترام أصل البراءة في المتهم.

والتعذيب حسب ما ورد في المادة الأولى من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة، او العقوبة القاسية، أو الا إنسانية، او المهينة يقصد به: **" اي عمل ينتج عنه الم او عذاب شديد، جسدياً كان ام عقليا، يلحق عمداً بشخص ما، بقصد الحصول من هذا الشخص،او من شخص ثالث،على معلومات او على اعتراف ،او معاقبته على عمل ارتكبه، او يشتبه في انه ارتكبه هو، او شخص ثالث، او تخويفه، او إرغامه هو، او اي شخص ثالث - او عندما يلحق مثل هذا الألم، او العذاب لأي سبب يقوم على التمييز، ايا كان نوعه،او يحرض عليه، او يوافق عليه، او يسكت عنه موظف رسمي، او اي شخص يتصرف بصفته الرسمية، ولا يتضمن ذلك الألم، او العذاب الناشئ فقط عن عقوبات قانونية، او الملازم لهذه العقوبات، او الذي يكون نتيجة عرضية لها"**[3].

---

(1) انظر: الدكتور حسام الدين محمد احمد: " حق للمتهم في الصمت"، المرجع السابق، ص ٩٣ و٩٤.

(2) انظر: الدكتور عمر الفاروق الحسيني : " تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف" ، المطبعة العربية الحديثة- القاهرة — ١٩٨٦، ص١١ وما بعدها . الدكتور نعيم عطية : " حق المتهم في الصمت" ، مجلة الأمن العام العدد٩٠ السنة ٢٣ ، يوليو ١٩٨٠. ص١٤.

(3) اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة او العقوبة القاسية او اللاإنسانية او المهينة، وقد-

ونظراً لخطورة التعذيب على الحق في عدم إجبار الشخص على الشهادة ضد نفسه، أو إجباره على الاعتراف بالذنب، أو التزام الصمت، وما يستتبع ذلك من إهدار للحق في أصل البراءة، فقد نصت المواثيق الدولية والتشريعات الداخلية على منع التعذيب وفرضت جزاءات على كل من ينتهك ذلك.

وسوف أبين موقف التشريعات المختلفة من هذا الأمر وذلك على النحو التالي:

أولاً: حرمة تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف في النظام الإسلامي:

الحق أن تعذيب الإنسان -أي إنسان- وإهدار آدميته والاعتداء على كرامته، هو عمل بشع، تأنف منه الفطر السليمة والنفوس السوية والعقول الراشدة.

ولو استقرأنا النظام الإسلامي، وموقفه من تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، لأدركنا بجلاء لا لبس فيه أن شريعة الإسلام الغراء قد كرمت الإنسان أيما تكريم، وأعلت من قدره حتى مع جنوحه وخلطه عملاً صالحا، وآخر سيئاً . فقد ورد عن ابنِ عبَّاس -رضِيَ اللهُ عنهما- .أنَّ النَّبيَّ ﷺ **مَرَّ وَهُوَ يَطُوفُ بالكَعْبَةِ بإنسانٍ رَبط يدهُ إلى إنسانٍ بِسيرٍ أو بخيطٍ، أو بشيءٍ غَيْر ذلك. فَقَطَعَهُ النَّبيُّ ﷺ بيَدِه، ثُمَّ قَالَ: .قُدْهُ بيَدِه.**[1] . ويؤكد هذا الحديث النبوي على تكريم الإسلام للإنسان، بحيث لا يجوز إيثانه بتوثيق يده بقيد ونحوه.

وقد توعد الله -سبحانه وتعالى- من يعذب إنساناً بالعذاب في الآخرة، فقد ورد في حديث عروة بن الزبير أن هشام بن حكيم سمع رسول الله ﷺ يقول: .مَنْ عَذَّبَ النَّاسَ في الدُّنيَا عَذَّبهُ اللهُ -تبَارَكَ وتعالى-[2] وفي رواية أخرى : .إن الله يعذب الذين يعذبون الناس.[3] .

والتعذيب عند فقهاء الشريعة الإسلامية له مفهوم واسع، فيشمل التوبيخ والتقبيح[4] والاضطهاد[1] إلى جانب المساس المادي بالشخص، كالضرب ونحوه،

- اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة ، وفتحت باب التوقيع والتصديق عليها والانضمام إليها في القرار ٤٦/٣٩ المؤرخ في ١٠ ديسمبر ١٩٨٤. ونشرت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة برقم ١٧٣/٤٣ المؤرخ في ٩ ديسمبر ١٩٨٨.

(1) صحيح البخاري، كتاب الأدب، جـ ٤، ص٨٥.

(2) مسند الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث بيروت بدون تاريخ ج٤ ص٤٠٦

(3) شرح النووي" يحي بن شرف النووي"، دار الفكر ، ج١٦، ص١٤٢

(4) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج١٣ ص٢١٥. والمضطهد الذي قد اضطهد ودفع عن حقه حتى يسقط حقاً آخر، والسلف كانوا يسمون مثل هذا مضطهداً، كما قال حماد بن سلمة، حدثنا حميد عن الحسن أن رجلاً تزوج امرأة وأراد سفراً، فأخذه أهلها، فجعلها طالقاً إن لم يَبْعَث بنفقتها إلى شهر،

او المساس المعنوي،كحبسه بغير وجه حق، او تهديده، وكل صور الإكراه التي تتخذ لإجبار الشخص على قول شيء، يعتبر في المنظور الإسلامي تعذيباً.

واشد صور التعذيب في الإسلام، ضرب الشخص، او حبسه بغير وجه حق، او تقييده، او تهديده بنفسه، او بأحد من اهله. واستخدام هذه الوسائل اثناء الاستجواب، يعد نوعاً من الإكراه على الكلام، لا يؤخذ بقول من وقع عليه الإكراه.

وفي هذا الصدد قال القاضي شريح -رحمه الله-:إن القيد كره، والوعيد كره، والضرب كره، والسجن كره[٢].

وقال عمر - رضي الله عنه - ليس الرجل على نفسه بأمين إذا ضربته، او بغته، او جوّعته". وفي قول آخر له:" ليس الرجل على نفسه بأمين إن جوعت، او خوفت، او اوثقت، ومعنى ذلك، ان كل ما يقوله المتهم عن نفسه لا عن طواعية واختيار، وإنما خوفاً من هذه الأشياء،فإن أقر بشيء بعد تلك الأشياء، فإقراره باطل[٣].

وانعدام الرضا، يمنع ترجيح جانب الصدق في إقراره، ثم إن الإكراه نظير الهزل، ومن هزل بإقراره لغيره، وتصادقا على أنه هزل بذلك، لم يلزمه شيء، فكذلك إذا اكره عليه[٤].

وفي هذا الصدد قال ﷺ: .رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه،[٥].

ويستدل من ذلك، ان ما يكره عليه المرء يكون باطلاً لا يؤخذ بقوله.وهذا الأمر متفق عليه بين جمهور الفقهاء.

ويفهم مما سبق، ان التشريع الإسلامي قد حرم تعذيب الإنسان لحمله على الاعتراف، سواء بإيذائه بدنياً، او مادياً بشكل مباشر، او معنوياً ، سواء كان هذا الإيذاء ناتج عما يتعرض له الشخص بنفسه، او ما يلحق غيره -ممن تربطه به صلة قربى او

فجاء الأجل ولم يبعث إليها بشيء، فلما قدم خاصموه إلى امير المؤمنين علي كرم الله وجهه، فقال: اضطهدتموه حتى جعلها طالقاً، فردها عليه.

ومعلوم انه لم يكن هناك إكراه بضرب ولا اخذ مال، وإنما طالبوه بما يجب عليه من نفقتها، وذلك ليس بإكراه، ولكن لما تعنتوه باليمين جعله مضطهداً، لأنه عقد اليمين ليتوصل إلى قصده من السفر، فلم يكن حلفه عن اختيار، بل هو كالمحمول عليه.

(١)إعلام الموقعين عن رب العالمين، جـ٢ ص٣٢٨.

(٢) المبسوط للسرخسي " شمس الدين"، دار الكتب العلمية ط١٩٩٣ ، ج٢٤ ، ص٤٧.

(٣) المبسوط ، جـ ٢٤ ، ص٤٧.

(٤) المرجع السابق نفسه ،جـ ٢٤ ، ص٤٧.

(٥) المرجع السابق نفسه،جـ٢٤ ، ص٤٧.

رحم- من أذى بدني، أو معنوي، وذلك بقصد الضغط على الشخص، لإكراهه على الاعتراف.وكل قول يصدر عن الشخص تحت الإكراه، أو التعذيب البدني، أو المعنوي، فهو باطل، ولا يعتد به، ويستحق فاعله العقاب.

والحق في عدم تعذيب الشخص لحمله على الاعتراف - في منظور التشريع الإسلامي - هو حق مطلق وغير قابل للانتقاص منه. وهو ينطبق على كل إنسان.ولا يجوز على الإطلاق تعليق العمل به حتى في أوقات الحرب، أو التهديد بالحرب، أو عدم الاستقرار السياسي، أو في حالات الطوارئ وفقاً للمفاهيم المعاصرة.

ثانياً: حظر تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف في المواثيق والمعايير الدولية:

نصت المادة الخامسة من "الإعلان العالمي لحقوق الإنسان" بأنه " لا يجوز إخضاع احد للتعذيب ولا للمعاملة، او العقوبة القاسية، او اللا إنسانية، او الحاطة بالكرامة."

وفي ذات السياق، نصت المادة السابعة من "العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية"، بأنه "لا يجوز إخضاع احد للتعذيب، ولا للمعاملة، او العقوبة القاسية او الا إنسانية، او الحاطة بالكرامة، وعلى وجه الخصوص، لا يجوز إجراء اية تجربة طبية، او علمية على احد دون رضاه الحر.".

ووفقا لذلك، فإن جميع الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين ممنوعون من إيقاع اي ضرب من ضروب التعذيب، او المعاملة المهينة على اي شخص او التحريض على استخدامها، او التسامح إزاءها. ولا يجوز لهم تبرير ارتكاب هذه الأفعال بالتعلل بصدور الأوامر لهم من رؤسائهم. والحق انهم ملزمون بموجب المعايير الدولية بمخالفة هذه الأوامر، والإبلاغ عنها. واعتبار الشخص خطراً، لا يسوغ تعريضه للتعذيب[1].

وقد نبهت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان على الدول إلى ضرورة إخلاء جميع اماكن التوقيف من اية معدات، يمكن أن تستخدم لممارسة التعذيب، أو إساءة المعاملة. وينبغي أن تحتفظ السلطات بمحاضر للتحقيقات[2].ويجب أن تستبعد من الأدلة اية

---

(1) وانظر المبدأ ٢١ من "مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من اشكال الاحتجاز او السجن"، حيث جاء فيه " ١- يحظر استغلال حالة الشخص المحتجز او المسجون استغلالا غير لائق بغرض انتزاع اعتراف منه او إرغامه على إدانة نفسه باية طريقة اخرى او الشهادة ضد اي شخص آخر.٢- لا يعرض اي شخص اثناء استجوابه للعنف او التهديد او لأساليب استجواب تنال من قدرته على اتخاذ القرارات او من حكمه على الأمور".

(2) انظر المبدأ ٢٣ من "مجموعة المبادئ" سبق الإشارة إليه.

اقوال انتزعت تحت وطأة التعذيب، او سوء المعاملة[1].

ويتسع مفهوم تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، في المعايير الدولية، بحيث يشمل التعذيب البدني، والمعنوي ، سواء كان ذلك بشكل مباشر، او غير مباشر.

وقد اكدت على ذلك اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، حين قالت : إن "نص الفقرة السابعة من المادة ٣/١٤ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية - اي لا يكره اي شخص على الشهادة ضد نفسه او على الاعتراف بذنب-، يجب ان يفهم على انه حظر لاستخدام اي ضرب من ضروب الضغط المباشر، او غير المباشر، البدني او النفسي، من جانب سلطة التحقيق ضد المتهم، بهدف الحصول منه على اعتراف بالذنب. ومن غير المقبول مطلقاً معاملة المتهم على نحو يخالف المادة السابعة من العهد الدولي، من اجل انتزاع اعتراف."

وقالت لجنة مناهضة التعذيب: إن استخدام "قدر معتدل من الضغط البدني" واعتباره طريقة مشروعة لاستجواب المحتجزين، أمر "غير مقبول كلية". وقضت بأنه لا يجوز أن يستخدم مع المتهم هذا اللون من الضغوط حتى في حالة الاعتقاد بأن المشتبه فيه أو المتهم يملك معلومات عن هجمات وشيكة ضد الدولة قد تزهق فيها أرواح، لأنه ينتهك مبدأ حظر التعذيب، والمعاملة السيئة. ومن هذه الوسائل: تقييد حركة الشخص في أوضاع مؤلمة، وتغمية عينيه، وتعريضه لموسيقى صاخبة لفترة طويلة، وحرمانه من النوم لفترة طويلة، وتهديده، بما في ذلك التهديد بالقتل، والهز بعنف، والتعريض للتيارات الهوائية الباردة.

ثالثاً : حظر تعذيب المتهم في القانون المقارن :

يكاد لا يخلو تشريع من التشريعات المعاصرة من النص على حظر تعذيب المتهم لانتزاع الاعتراف منه، لما يشكله ذلك من هدم لجانب كبير من جوانب الشرعية الإجرائية التي من مرتكزاتها ان الأصل في المتهم البراءة، فضلاً عن كونه جريمة معاقب عليها جنائياً[2].

وعلى سبيل المثال: نص الدستور المصري في المادة ٤٢ على عدم جواز إيذاء اي شخص يقبض عليه، او تقيد حريته باي اذى سواء كان بدنياً، او معنوياً.

---

(1) المادة ١٥ من "اتفاقية مناهضة التعذيب"، والمادة ١٢ من "إعلان مناهضة التعذيب"

(2) الدكتور عمر الفاروق الحسيني : " تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف" ، المطبعة العربية الحديثة- القاهرة - ١٩٨٦، ص ٣٦.

ونص الدستور اليمني في المادة ٤٨ على انه ".. يحظر التعذيب جسديا، أو نفسيا او معنويا، ويحظر القسر على الاعتراف اثناء التحقيقات".كما نصت المادة ١٧٨ منه بانه، " لا يجوز تحليف المتهم اليمين الشرعية، ولا إجباره على الإجابة، ولا يعتبر امتناعه عنها قرينة على ثبوت التهمة ضده. كما لا يجوز التحايل، او استخدام العنف، او الضغط بأي وسيلة من وسائل الإغراء، والإكراه، لحمله على الاعتراف ".

الفرع الثاني

حظر استعمال الوسائل المؤثرة على إرادة المتهم

من اكثر الموضوعات إثارة في القانون الجنائي المعاصر، هو اللجوء إلى الوسائل العلمية الحديثة عند استجواب المتهم، والتي من شأنها الإطلاع على أغوار الحياة الخاصة للإنسان، لاستكشاف مستودع اسراره، دون رضاه.

ولسنا هنا بصدد عرض مفصل لتلك الوسائل، وطرق عملها، ومدى نجاحها في الوصول إلى كشف الحقيقة المبتغاة. ولكن نطاق البحث يدور حول موقف المعايير الدولية والتشريعات المقارنة من هذه الوسائل، وما مدى مشروعية النتائج التي يتم التوصل إليها من خلالها، كون هذه الوسائل - كما سبق القول- تؤثر على إرادة المتهم وتكسر حاجز الصمت الذي هو حق له. وبالتالي تمس بحقه في أصل البراءة.

ولا شك أن الوسائل العلمية التي ثار حولها الجدل، متعددة، ويمكن ردها إلى صنفين مهمين:

الصنف الأول: الوسائل التي تسلب إرادة المتهم: وهي وسائل الاستجواب اللاشعوري، وتتمثل في الآتي :

أولاً: العقاقير الطبية، والتي تخدر الشخص بعقار يهدف إلى كشف الحقيقة، و يطلق عليه رجال الفقه الجنائي " مصل الحقيقة".

ثانياً: التنويم المغناطيسي، او ما يسميه بعض الفقه " الإيحاء النفسي".

الصنف الثاني: وهي الوسائل التي لا تعدم إرادة المتهم ولكنها تهتك مكنون سره، واهمها جهاز كشف الكذب.

وسوف نتطرق - بشكل موجز- لهذين الصنفين من الوسائل العلمية التي اثارت جدلاً واسعاً وموقف التشريعات والفقه والقضاء منهما، ثم نتطرق إلى الوسائل

الأخرى التي تنتهك الحق في الصمت. وأثر ذلك على حماية اصل البراءة. على النحو التالي:

أولا: الوسائل العلمية التي تؤثر على إرادة المتهم وتنتهك مستودع سره:

١- الاستجواب تحت تأثير التحليل التخديري :narco-analyse

وهو حقن الشخص بعقار مخدر، يؤثر على بعض مراكز المخ، يترتب عنه خلود الشخص للنوم العميق، يعقبها إفاقة خفيفة، يكون الشخص خلالها في حالة نصف واعية، ويبقى الجانب الإدراكي، والذاكرة، في حالة عمل، لكنه فاقد القدرة على الاختيار والتحكم في إرادته. مما يسهل الحوار معه، دون عائق إرادي منه، يحجب سراً، أو معلومة تتصل بهذا الحوار. ولهذا أطلق البعض على هذه الوسيلة مصطلح التحليل النفسي التخديري[1].

٢- الاستجواب تحت تأثير التنويم المغناطيسي interrogation sous hypnose :

التنويم المغناطيسي[2]، هو احد وسائل التسلل إلى بواطن النفس البشرية، من خلال الإيحاء للشخص الخاضع له بفكرة النوم، من جانب الشخص المنوم، فيدخل الشخص في حالة نوم غير حقيقي. إذ يبقى الشخص مفتوح العينين، ويستوعب جميع ما يدور حوله، ولكنه يكون خلالها مسلوب الإرادة للمنوم ، حيث تحتجب ذاته الشعورية، وتبقى ذاته اللاشعورية خاضعة لسيطرة القائم بالتنويم مغناطيسياً فتأتي إجاباته وفقاً لما يوحى به إليه. وقد يدلي بأقوال ما كان ليدلي بها لو كان بكامل إرادته [3].

ولا شك أن هاتين الوسيلتين تمثلان عدواناً على السلامة النفسية والجسدية للشخص الذي يخضع لهما، إذ يتم من خلالها التحايل على إرادة المتهم الذي آثر الصمت فقهرت هذه الإرادة وعطلتها.

---

(1) انظر في ذلك الدكتور حسام الدين محمد احمد، " حق المتهم في الصمت"، مرجع سابق، ص١٠٨. الدكتور حسن محمد ربيع ، " حماية حقوق الإنسان والوسائل العلمية المستحدثة للتحقيق الجنائي" ، رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة- ١٩٨٥، ص ١٥٩ . الدكتور نعيم عطية ، " حق المتهم في الصمت" ، مرجع سابق ، ص١٦. الدكتور أحمد إدريس أحمد ، " افتراض براءة المتهم " ، مرجع سابق ، ص٦٥٥.

(2) استخدم التنويم المغناطيسي منذ القدم في مصر القديمة واليونان وبابل، ويعتبره البعض من اعمال السحر والشعوذة، غير أن هذا لا يمنع أن يكون له اليوم استخدامات طبية وقد اكتشف التنويم المغناطيسي الطبيب السويسري" فرانز انطوان بسيمر" في القرن الثامن عشر .

(3) راجع، الدكتور عمر الفاروق الحسيني ، " تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف" مرجع سابق، ص١٤٧. الدكتور حسام الدين محمد احمد، " حق المتهم في الصمت"، مرجع سابق، ص١١٢.

وسوف نتطرق إلى موقف المواثيق الدولية، والتشريعات المقارنة، وموقف الفقه من هذه الوسائل، وذلك على النحو التالي:

ثانياً : موقف المواثيق الدولية من الوسائل العلمية المستخدمة في استجواب المتهم :

الحقيقة أن المعاهدات والمعايير الدولية لم تتناول بشكل صريح وحاسم مسألة استخدام تلك الوسائل للتأثير على إرادة المتهم. بيد أنها في الوقت ذاته حظرت استعمال اي وسيلة من وسائل الإكراه، لانتزاع الأدلة قسراً عنه. وفي هذا الصدد، قالت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان: يجب أن ينص القانون على ان الأدلة المنتزعة عن طريق اي ضرب من ضروب الإرغام، غير مقبولة برمتها." وقالت اللجنة أيضاً: إن "الاعترافات المنتزعة عن طريق الإكراه، يجب أن تستبعد بانتظام من الإجراءات القضائية..."

وقالت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أيضاً: " إن الإكراه على تقديم المعلومات او الإرغام على الاعتراف، أو انتزاع الاعترافات بالإكراه، كلها أمور محظورة"[1].

ويظهر من تلك المعايير الدولية، أنها لا تجيز إرغام اي شخص متهم بارتكاب فعل جنائي، على الاعتراف بذنب، أو الشهادة على نفسه. وينطبق هذا الحظر على جميع المراحل السابقة على المحاكمة، وأثناء المحاكمة على حد سواء.

ثالثاً- موقف التشريعات والفقه المقارن من التقنيات العلمية التي تؤثر على إرادة المتهم :

تجمع كل من التشريع الفرنسي والمصري واليمني - والعديد من التشريعات- على عدم شرعية استخدام هذه الوسائل في مجال الاستجواب؛ لحمل الشخص على الاعتراف، باعتبار هذه الوسائل من قبيل الإكراه المادي، الذي يبطل الاستجواب الذي يتم عن طريقها. ويهدر الاعتراف المترتب عنها؛لأنها تنتهك حقه في الصمت، وفي عدم إدانة النفس. بالإضافة إلى ذلك، تعديها الشديد على حرمة الحياة الخاصة للشخص[2]. ومن قبل ذلك تعديها على اصل البراءة الذي لا ينقضه سوى الحكم الصادر بالإدانة المبنية على ادلة مشروعة بلغت من القوة حد الجزم واليقين.

والفرض في الحالة السابقة أن إحدى هذه الوسائل قد استخدمت بدون موافقة

---

(1) المادة ٣/١٤ من "العهد الدولي" والمادة ٢/٨ من "الاتفاقية الأمريكية" والمبدا ٢/٢١ من "مجموعة المبادئ"، والمادة ١/٥٥ من "النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية".
(2) انظر : الدكتور محمد محي الدين عوض : " حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية" ، مرجع سابق ، ص ٢٩٠.

المتهم. ولكن التساؤل المثار في هذا الصدد هو: عندما يقبل المتهم استخدام وسيلة من تلك الوسائل العلمية عند الاستجواب، فإلى أي مدى يمكن الاعتداد بإرادة المتهم في قبوله مثل هذه الوسائل؟ وإلى أي مدى يجوز للمتهم، ان يتنازل عن الضمانات الدستورية المقررة لصالحه؟ وما مدى علمه بما ستكون عليه إرادته وقدرته؟ ثم ما مدى الاعتداد بالدليل الذي سينتج عن استخدام مثل هذه الوسائل؟

وللإجابة عن تلك التساؤلات. ينبغي ان نستعرض رأي الفقه فيها.ويمكن تقسيم رأي الفقه إلى اتجاهين على النحو التالي:

الاتجاه الأول: ذهب أنصاره إلى جواز استخدام مثل هذه الوسائل في مجال كشف الجرائم الخطيرة، وذلك في حالة رضا الشخص. بحجة أن الشخص قد تقابله أحياناً ظروف تجعله يوافق على استخدام مثل هذه الوسائل؛ لكي ينزع الشك القائم ضده ثم إن ما ينتج عن هذا الاختبار من دلائل، لا ترقى وحدها لمستوى الدليل القاطع وإنما يجب ان تسانده أدلة أخرى مادية. أو قولية[1].

الاتجاه الثاني: وهو الاتجاه الغالب[2] - والأرجح - يرفض استخدام مثل هذه الوسائل في مجال التحقيق الجنائي، ولو كان ذلك برضا الشخص نفسه،لأنه من المحتمل ان يكون قبوله الخضوع لمثل هذه الوسائل، لا عن إرادة حقيقة، وإنما خوفه من أن يؤخذ رفضه على أنه قرينة ضده.ثم إنه ليس لرضا الشخص مقدماً أي قيمة قانونية،لأن الدساتير قد وضعت ضمانات تكفل للشخص المتهم حقوقه وحرياته، ولا يستطيع ان يتنازل عنها -كحقه في الدفاع وحريته في إبداء أقواله، وحقه في سلامة الجسم-، لأنها تتعلق بحقوق الإنسان، وهي جزء من النظام العام، وقد فرضت تلك الضمانات، في إطار التوازن بين حماية المصلحة العامة، ومصلحة الفرد الذي يقتضي

---

(1) راجع في هذا الرأي : الدكتور محمد علي سالم عياد : " ضمانات الحرية الشخصية أثناء التحري والاستدلال مرجع سابق، ص٩١ وما بعدها. د محمد محي الدين عوض : " حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية" ، مرجع سابق ، ص ٢٩١. الدكتور محمد سامي النبراوي : " أثر التخدير على استجواب المتهم" ، مجلة كلية الشرطة، العدد الحادي عشر ، يوليو ١٩٦٤ص ١٠٧.

(2) انظر: د محمد محي الدين عوض : المرجع السابق، ص ٢٨٤ وما بعدها. الدكتور محمد علي سالم عياد : المرجع السابق ، ص٩٣. الدكتور نعيم عطية : المرجع السابق ، ص١٧. الدكتور أحمد محمد العلفي : " تأثير الإكراه في الإجراءات الجنائية" ، رسالة دكتوراه — اكاديمية الشرطة، بمصر ، ١٩٩٧ص٤٥٥.

Allavulla . : " le psychologie judiciaire." 1959 - Cujas .p52 et s. Paul RAIER: " La Recherche de la vérité judiciaire et l'audition interrogatoire de suspect." - thèse - paris. 1978. p.101 et s.

معاملته على اساس ان الأصل فيه البراءة.

ومن ناحية اخرى ليس بالضرورة ان تكون الأقوال الصادرة عن الشخص الذي اخضع لهذه الوسائل هي عنوان الحقيقة، لأنها اخذت في ظل عدم وعي كامل بما يقوله الشخص، وبدون تحكم إرادي في الأقوال، ولأنها انتزعت من العقل الباطن.

والأهم من ذلك - وما يخصنا في هذا البحث- أن مثل هذه الوسائل تمس باصل البراءة، كونها توحي بأن الشخص الخاضع لها بانه مذنب، اضف إلى كونها تشكل انتهاكاً لحرمة الحياة الخاصة للإنسان.

ويقف القضاء المقارن موقف المعارض من هاتين الوسيلتين. فقد قررت محكمة النقض المصرية، بأنه " لكي يكون الاعتراف صحيحاً، يمكن الاستناد إليه كدليل في الحكم، ينبغي ان يكون المتهم قد ادلى به وهو في كامل إرادته ووعيه. ومن ثم لا يجوز الاستناد إلى الاعتراف الذي يصدر من المتهم في حالة فقدان الإرادة. كما لو كان تحت تأثير مخدر، أو عقار يسلبه الإرادة"[1] .

وذهبت بعض أحكام القضاء الفرنسي[2] إلى عدم شرعية استخدام التنويم المغناطيسي في الاستجواب، سواء كان الخاضع له هو الشاهد، أو المتهم. حتى ولو كان ذلك بموافقة الشخص محل الاختبار، بحجة أن ذلك من شأنه، أن يحيد إرادة الشخص لأنه من غير المتصور صدور مثل هذا الرضا عن إرادة حرة.

---

(1) نقض جنائي في ٢١ يوليو ١٩٩٧ في الطعن رقم ٩٣٦٧ لسنة ٦٥ ق . المستحدث في المبادئ التي قررتها الدوائر الجنائية لمحكمة النقض في العام القضائي ١٩٩٦ - ١٩٩٧ ، ص٨.

(2)Cass. crim., 12 déc. 2000 : bull. crim., n° 369 ; D. 2001, p. 1340, note D. Mayer et J.-F. Chassaing. Cass. crim., 28 nov. 2001 : bull. crim., n° 247.

"Dans les deux premières affaires, qui ont fait l'objet d'arrêts rendu les 12 décembre 2000 et 28 novembre 2001, la chambre s'est prononcée sur la validité d'une audition effectuée sous hypnose ; il s'agissait, dans le premier cas, de l'audition d'un témoin et, dans le second, de celle d'une personne placée en garde à vue qui, l'un et l'autre, avaient exprimé leur consentement pour être entendus selon ces modalités et dont l'audition avait été recueillie avec l'assistance d'un expert désigné par le juge d'instruction.

Dans ces deux cas, la chambre a jugé que l'audition réalisée dans ces conditions était irrégulière et qu'elle avait compromis l'exercice des droits de la défense ; la raison réside vraisemblablement dans le fait que cette forme d'audition neutralise la volonté et l'on peut donc légitimement se demander dans quelle mesure elle demeure compatible avec le serment que la personne concernée a prêté.

رابعاً : مدى شرعية الاستجواب باستخدام جهاز كشف الكذب **épreuves du détecteur du mensonge** :

١- مدى تأثير جهاز كشف الكذب على إرادة الشخص :

وهو عبارة عن جهاز تقني، يمكن من خلال مكوناته تسجيل التغيرات الفسيولوجية للشخص الخاضع له، وما يطرا عليه من تغيرات جسمانية وعضوية، كارتفاع ضغط الدم، وزيادة نبضات القلب، وزيادة إفراز العرق في أعقاب إخضاع المتهم للعديد من الأسئلة التي تتعلق بالجريمة محل الاستجواب. ويحتوى جهاز كشف الكذب على عدة اجهزة، أو مكونات، ولكل منها وظيفة محددة، بحيث تكون النتيجة النهائية لاستخدام هذا الجهاز، هي محصلة عدة نتائج مختلفة باختلاف هذه الأجهزة، أو المكونات.

وتتكون وحدات هذا الجهاز من جهاز لقياس نبضات القلب cardiographe، ولقياس ضغط الدم Sphygmographe، وجهاز رصد مقاومة الجلد للكهرباء Galvanomètres.

ويتوقف القرار النهائي فيما إذا كان الشخص صادقاً، ام كاذباً، بعد تحليل النتائج التي يتوصل إليها الخبير المختص باستخدام هذا الجهاز[١].

والملاحظ ان هذه الوسيلة لا تسلب الشخص إرادته، او وعيه، أو حريته في التعبير، كما هو الحال في الوسيلتين السابقتين (التحليل التخديري و التنويم المغناطيسي)، وبالتالي، فهي لا تتضمن اعتداءاً على حق الإنسان في حياته الخاصة. وليس هناك إكراه معنوي،لأن الشخص يكون بكامل حريته واختياره[٢].

والنموذج التقليدي لهذا الاستخدام، في الولايات المتحدة الأمريكية ، واليابان، حيث تجيزان إخضاع الشخص المشتبه فيه، أو المتهم بارتكاب جريمة من الجرائم، لجهاز كشف الكذب. على أن يكون ذلك بموافقة الشخص دون إجباره على ذلك[٣].

---

(١) الدكتور عمر الفاروق الحسيني " تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف"، المرجع السابق، ص١٤٨. الدكتور حسام الدين محمد احمد: " حق المتهم في الصمت"، مرجع سابق، ص١٠١. احمد إدريس احمد: " افتراض براءة المتهم " ، مرجع سابق ، ص٦٥٥.

(٢) انظر: د محمد محي الدين عوض : " حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية" ، مرجع سابق ، ص ٢٨٤ وما بعدها.

(٣) انظر في ذلك، الدكتور حسام الدين محمد احمد:" المرجع السابق،ص ١٠٥والمرجع المشار إليه في الهامش.

٢- موقف الفقه من استخدام جهاز كشف الكذب.

انقسم الفقه بشأن إمكانية استخدام جهاز كشف الكذب في التحقيق الجنائي، ومدى تأثيره على الحق في الصمت، وبالتالي حقه في أصل البراءة، إلى فريقين: أحدهما مؤيد والآخر معارض.وذلك على النحو التالي:

الاتجاه المؤيد: ذهب عدد من رجال الفقه[1] إلى تأييد استخدام جهاز كشف الكذب أثناء استجواب المتهم ، باعتبارها من أعمال الخبرة التي تنير الطريق أمام المحقق، لاختبار صدق المتهم، أو الشاهد، بهدف كشف الحقيقة وتتبع الأدلة، من خلال الوقوف على ميل الشخص عن قول الحقيقة، أو ادعاء التخلف العقلي. والأمر الآخر أن استخدام هذه الوسيلة،لا تسلب الشخص إرادته ووعيه، وبالتالي تتجرد من مظنة الاعتداء على الحرية الشخصية للمتهم. ولا تعدو أن تكون استدعاء لما هو في الذاكرة، والأهم من ذلك انه يتطلب لاتخاذه صدور قرار قضائي مسبق من السلطة المختصة يسمح بمثل هذا الاستخدام. ثم إنه لا يكفي وحده كدليل ضد المتهم، بل بحاجة إلى ادلة اخرى تعززه وتقويه.

الاتجاه المعارض: وهو الاتجاه الغالب[2] والذي نرجحه، حيث رفض استخدام هذه التقنية في مجال التحقيق الجنائي، واستجواب المتهمين، والحجة في ذلك تقوم على أساس ان هذا الاستخدام بمثابة نوع من الإكراه المعنوي المبطن، الذي يضغط على إرادة المتهم.وبالتالي فإنه لا قيمة لرضا المتهم المسبق. كما أنه يتعارض مع الحقوق والحريات الشخصية، حيث لا يجوز أن يخضع الشخص لممارسات مهينة،تؤدي إلى انتهاك حقه في الدفاع، وتخل بحقه في الصمت.إضافة إلى أن قانون الإجراءات الجنائية، ليس من أهدافه الكشف عن الحقيقة بعيداً عن احترام حرية المتهم ومعاملته على

---

(1) انظر: الدكتور سامي صادق الملا : " حماية حقوق الإنسان أثناء مرحلة الاستدلالات " ، مرجع سابق ، ص ١٧٠. الدكتور قدري عبد الفتاح الشهاوي، مجلة امن العام العدد ٦٥ س١٦ ، ابريل ١٩٧٤ : " صلاحيات رجل الشرطة إزاء استخدام الوسائل العلمية الحديثة في كشف الجريمة" ص٤١.
J.Graven :" Le Problème des nouvelles techniques d'investigation du procès pénal." R.S.C.,1950.pp.336-337.
Gastion stefani - Georges Levasseur: " Droit pénal, et procédure pénal",1966 - Dalioz - Paris. N°343.

(2) انظر : د محمد محي الدين عوض : " حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية" ، مرجع سابق ، ص ٢٩٥ وما بعدها. الدكتور محمد علي سالم عياد: " ضمانات الحرية الشخصية .. " مرجع سابق، ص٩٨. الدكتور حسام الدين محمد احمد: " حق المتهم في الصمت"، مرجع سابق، ص ١٠٦.

اساس ان لأصل في المتهم البراءة.

وإلى جانب الحجج التي تنطلق من الناحية الإنسانية، هناك حجج عملية تؤثر في سلامة نتائج مثل هذا الاختبار. فهناك شبه إجماع على عدم دقة النتائج التي يمكن التوصل إليها من خلال جهاز كشف الكذب، ومرد ذلك. ان هناك من الأشخاص من لديه القدرة على اجتياز كافة الاختبارات دون أن تظهر عليه الأعراض،لتمرسه وقدرته على الوقوف أمام الجهاز برباطة جأش. وفي المقابل قد يكون هناك شخص يتملكه الخوف فيحدث عنده اضطراب، فيزداد النبض عنده، وتزداد إفرازات العرق، وتتبدى كافة العوارض التي يؤخذ بها كنتائج.وما دام أن تماسك الشخص، أو خوفه يؤثر في النتائج، فلا يمكن التعويل عليه.

و نخلص مما سبق إلى أن استخدام التقنيات العلمية في مجال التحقيقات الجنائية لقي ومازال يلقى معارضة شديدة في التشريع والفقه.لا على أساس مدى ما تحققه تلك الوسائل التقنية من نتائج ذات قيمة في الإثبات الجنائي، وإنما لتعارضها مع الضمانات المكفولة دولياً ومحلياً، لاحترام حقوق الإنسان القائمة على أساس ان الأصل فيه البراءة. وكما سبق القول فإنه ليس من أهداف قانون الإجراءات الجنائية الوصول إلى كشف الحقيقة على حساب انتهاك الحقوق والحريات المكفولة، فالغاية لا تبرر الوسيلة.

الفرع الثالث

خطر تفسير صمت المتهم في غير صالحه

من أخطر ما يخل بأصل البراءة في المتهم، تفسير الصمت في غير صالحه،بمعنى أن يقوى جانب الشك ضده حينما يلجأ إلى الصمت[1]. والقاعدة العامة، أنه لا يجوز استنباط رأيٍ من صمت المتهم في غير صالحه، إذ لا ينسب لساكت قول كما هو معروف في الفقه الإسلامي.

والحقيقة أن مشكلة التفسير غير الصحيح لصمت المتهم تبرز خطورته بشكل أكبر في مرحلة المحاكمة، لأن المراحل السابقة، وإن كان ذلك يمثل انتهاكاً لأصل البراءة، فإنها لا تملك إدانة المتهم. وليس من اختصاص القائمين عليها تقرير ذلك. أما

---

(١) انظر، الدكتور احمد إدريس احمد : " افتراض براءة المتهم " ، مرجع سابق ، ص ٥٩٢ وما بعدها . الدكتور حسام الدين محمد أحمد: " حق المتهم في الصمت"، مرجع سابق ، ص ١٤٠.

في مرحلة المحاكمة، فإن القاضي يمكنه، ان يحكم بإذناب الشخص إذا ما فسر الصمت في غير صالح المتهم،لأن الحكم في هذه الحالة يتوقف على الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي، وإن كان تسبيب الحكم يخفف من خطورة تفسير الصمت في غير صالح المتهم[1].

وقد اكدت محكمة النقض المصرية في احد احكامها، ان سكوت المتهم لا يصح أن يتخذ قرينة على ثبوت الاتهام ضده . ويلتزم بهذا المفهوم ليس قضاء الحكم فحسب، وإنما قضاء التحقيق ايضاً، ذلك انه إذا رفض المتهم الإجابة عما يوجه إليه من أسئلة ، فإنه لا يجوز للمحقق، أو للمحكمة ان تتخذ من امتناعه هذا قرينة ضده، أو إكراهه على الكلام، وإلا ترتب على ذلك بطلان الاستجواب، وكل ما يترتب عليه[2].

ومع ذلك هناك من يرى[3] انه من الأفضل للمتهم أن يتعاون مع سلطة الاتهام على كشف الحقيقة، لأن كل ما يقدمه المتهم من ادلة له تأثير كبير على عقيدة المحكمة في تغير وجهة نظرها في الأدلة التي تقدمها سلطة الاتهام، بل قد يؤدي إلى نفي الانطباع الذي قد يتولد لدى المحكمة بصحة تلك الأدلة.

وإذا كنا لا ننكر ما يمثله الصمت من تأثير على عقيدة المحكمة. فإننا لا نقر بتفسير صمته على نحو يسئ إلى مركزه القانوني.

واخيراً يبقى تساؤل يفرضه هذا المبدأ، وهو عن مدى الصلة التي تربط بينه وبين لجوء المتهم للكذب.

يرى البعض أن الكذب هو حق للمتهم، وهو يرتبط بحقه في الصمت ، ولكن الواقع أن الكذب سلوك مقيت يتناقض مع القيم التي يجب أن يتحلى بها الشخص، ولهذا فإن الشريعة الإسلامية حرمت الكذب، والله سبحانه وتعالى توعد الكاذبين بالعذاب والخزي في الحياة الدنيا، وفي الآخرة. ومع ذلك رخص الكذب للضرورات، والضرورات تقدر بقدرها. ولا أرى ضرورة ملجئة لكي يكذب المتهم عند استجوابه، لأن حقه في معاملته على أن الأصل فيه البراءة، قد كفل له التزام الصمت. وهو غير ملزم بإثبات براءته، وتتحمل جهة الادعاء عبء إثبات إدانته، وبالأصح عبء إثبات

---

(1) انظر، الدكتور حسام الدين محمد احمد، " حق المتهم في الصمت"، مرجع سابق ، ص ١٤٠.

(2) نقض ٢٩مايو ١٩٧٣، مجموعة احكام النقض ، س٢٤ ق رقم ١٣٤ ، ص٤٠٢.

(3) د.عادل حامد بشير محمد، " ضمانات الاستجواب - دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة ٢٠٠١، ص١٨٢.

الحقيقة، وكفلت الشرائع للمتهم مكنة الدفاع عن نفسه، لتفنيد الأدلة. على ما سنوضحه في دراستنا اللاحقة .

خلاصة وتقويم:

إذا كنا نسلم بأن الحق في الصمت في كافة المراحل الإجرائية يستند في الأساس على أصل البراءة، وعلى الحق في الدفاع . وأنه لا يصح لأحد إجبار المتهم على الكلام . وإذا تكلم، فيكون بمحض إرادته، ووفقا لتقديره للأمور. وما تقتضيه مصلحته. و أنه لا يجوز تفسير صمته بما يضر بمركزه، إذ قد يكون صمته راجعاً لأسباب نفسية أو لعدم قدرته على الحديث. أو تكون لأسباب ودوافع أخرى كالرغبة في حماية الغير.

وإذا كان ذلك كذلك، إلا أن هذا الحق يقابله في الطرف الآخر حق المجتمع في حمايته ضد الجريمة، وكشف مرتكبها، ومعاقبة فاعلها. وطالما أن هدف العدالة الجنائية حماية المجتمع وفي ذات الوقت حماية الحقوق والحريات الشخصية، فإن الصعوبة تكمن في كيفية الوصول إلى توازن عادل بين حماية الحقوق والحريات الشخصية، وبين المصلحة العامة في كشف الجريمة والمحافظة على أمن المجتمع.

ولاشك أن التوازن العادل يكون من خلال احترام أصل البراءة، وما يترتب عنه من حقوق، وفي مقدمتها حقه في الصمت. ويتحقق التوازن العادل، من خلال سياسة جنائية متزنة وعادلة، تراعي التوفيق بين المصالح المتعارضة، دون أن يكون هناك بغي من السلطة، أو بغي عليها.

ويقوم تصورنا في حماية الحق في الصمت- في إطار التوازن بين المصالح- من خلال نقطتين أساسيتين هما:

أولاً: استبعاد اي حق للسلطة في الحصول على إجابة من المتهم عن طريق الإكراه، سواء كان هذا الإكراه مادياً، ام معنوياً. أو كان باستخدام تقنيات ووسائل علمية، كالتحليل التخديري، والتنويم المغناطيسي، وجهاز كشف الكذب.

ثانياً: التزام السلطات القائمة بأعمال التحقيق والاتهام بأخلاقيات المهنة التي تلزم الدولة بأن تنظر إلى شخص المتهم، بأنه في الأصل بريء ولا يحق لها اتخاذ إجراءات تمس حقوقه وحرياته، إلا وفقاً للضوابط والضمانات المكفولة دولياً ودستوريا. ويجب عليها ألا ترغم الشخص في المشاركة في التحقيقات، حتى لا يقدم دليل ضد نفسه.

الفصل الثاني

حماية أصل البراءة أثناء التحقيق الابتدائي

تمهيد وتقسيم:

يفرض أصل البراءة -كونه المبدأ الدستوري الموجه لقانون الإجراءات الجنائية- ان تتوفر أثناء سير التحقيق الابتدائي مجموعة من الضمانات التي تعد مصدراً من مصادر الحماية الجنائية لهذا المبدأ. وذلك في إطار التوازن بين حماية الحقوق والحريات الفردية من خلال الاعتماد على أصل البراءة، وبين تحقيق مصلحة الجماعة في كشف الجريمة ومعاقبة الجاني من خلال إثبات الإدانة.

وقد تناولنا سابقاً الضمانات التي تحمي أصل البراءة في مواجهة الإجراءات الماسة بالحرية الشخصية في الباب الثاني. وكذلك الضمانات المكفولة أثناء استجواب المتهم في الفصل الأول من هذا الباب. وفي هذا الفصل نتناول فيه الضمانات التي نرى أنها تحمي أصل البراءة في المتهم في هذه المرحلة. وهي إما ضمانات قضائية يجب توفرها في الجهة التي تتولى أعمال التحقيق، وإما ضمانات تتعلق بالسرعة في إنهاء التحقيق الابتدائي، أو ضمانات تتعلق بعدم إنهاء الدعوى الجنائية وإصدار عقوبات على المتهم دون اللجوء إلى محاكمة قضائية تصدر حكمها بالإدانة. وهو ما يخالف أصل البراءة الذي يفرض لنقضه صدور حكم بات يقضي بالإدانة. وتقضي به محكمة مختصة تتوافر فيها مقومات العدل والإنصاف ويضمن من خلالها حق المتهم في الدفاع عن نفسه.

وبناء على ذلك، سوف نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: الضمان القضائي في مرحلة التحقيق الابتدائي لحماية أصل البراءة.

المبحث الثاني: سرعة إنهاء إجراءات التحقيق الابتدائي ووسائل إنهائها.

المبحث الثالث: معاقبة المتهم بغير حكم وأثره على أصل البراءة.

۞۞۞

المبحث الأول

الضمان القضائي أثناء التحقيق الابتدائي

لحماية أصل البراءة

سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين. نتناول في المطلب الأول أهمية الضمان القضائي لحماية أصل البراءة. وفي المطلب الثاني نناقش مفترضات الضمان القضائي كأساس لحماية أصل البراءة.

المطلب الأول

أهمية الضمان القضائي

بلا مواربة إن القضاء هو الحارس الطبيعي للحقوق والحريات من أن تتعرض للخطر عند مباشرة الإجراءات الجنائية. والضمان القضائي في الإجراءات الجنائية يؤدي دوراً مزدوجاً، فهو أثناء مباشرة الإجراء يضمن تحقيق التوازن بين حماية الحقوق والحريات وحماية المصلحة العامة. وفي حالة وقوع عيوب تمس المشروعية يكفل الضمان القضائي توقيع الجزاء المترتب على عدم المشروعية الإجرائية، التي قد تقع من المكلفين بتطبيق القانون، أو تنفيذه أثناء اتخاذ الإجراءات الجنائية بوجه عام[1].

ولتأكيد أهمية الضمان القضائي في المراحل المختلفة للدعوى الجنائية بوجه عام، ومرحلة التحقيق الابتدائي على وجه الخصوص. فقد نص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية على ضرورة التدخل القضائي في حالات القبض على الأشخاص وحبسهم كما أكدت على ذلك الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية في المادة ١/٥. منها على أن "... إلقاء القبض على شخص أو توقيفه طبقاً للقانون بهدف تقديمه إلى السلطة الشرعية المختصة بناء على اشتباه معقول في ارتكابه جريمة، أو عندما يعتبر حجزه أمراً معقولاً بالضرورة لمنعه من ارتكاب الجريمة، أو الهروب بعد ارتكابها "[2].

---

(١) انظر: أستاذنا الدكتور احمد فتحي سرور : " القانون الجنائي الدستور "، مرجع سابق، ص٣٦٥.

(٢)Article 5/1: Convention européenne des Droits de l'Homme Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ." .....- s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci.

ونصت المادة ٣/٥ من ذات الاتفاقية الأوربية على، ان ".. اي شخص يلقى القبض عليه، او يحجز وفقا لنص الفقرة الأولى (١/٥) من هذه المادة، يقدم فوراً إلى القاضي او اي موظف آخر مخول قانوناً بممارسة سلطة قضائية..."[١].

وقد تأكد هذا الضمان كذلك بنص المادة ٤١ من الدستور المصري- يقبلها المادة ٤٨ من الدستور اليمني سالف الذكر- التي جاء فيها أن " الحرية الشخصية حق طبيعي، وهي مصونة لا تمس وفيما عدا حالة التلبس، لا يجوز القبض على احد او تفتيشه او حبسه او تقييد حريته بأي قيد او منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة امن المجتمع، ويصدر هذا الأمر من **القاضي المختص او من النيابة العامة**".

ويفيد هذا النص كما ذهب بعض الفقه بحق- أن الدستور المصري قد ساوى بين القاضي والنيابة العامة فيما يتعلق باتخاذ الإجراءات الماسة بالحرية الشخصية وقد تأكدت الطبيعة القضائية للنيابة العامة من المادة ٧٠ من الدستور المصري حيث نصت على انه " لا تقام دعوى إلا بأمر من جهة قضائية.." مما يعني أن النيابة العامة جهة قضائية[٢].

المطلب الثاني

مفترضات الضمان القضائي

من مفترضات الضمان القضائي، أن تتولى أعمال التحقيق هيئة قضائية مختصة، تتمتع بصفتي الاستقلال والحياد.

وبهاتين الصفتين (الاستقلال والحياد)، يتحقق نجاح سلطة التحقيق في أداء وظيفتها على نحو فعال، حيث تستطيع تحقيق التوازن الدقيق بين اعتبارات حماية المصلحة العامة، واعتبارات حماية حقوق الإنسان والحريات، معتمدة في ذلك على أن الأصل في المتهم البراءة، بعيداً عن المؤثرات الخارجية التي قد تكون سبباً في اتخاذ

---

(١)Article 5/3: Convention européenne des Droits de l'Homme: 3. Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1.c du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure .La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience.

(٢)استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور ، " القانون الجنائي الدستوري " مرجع سابق ص ٣٩١ .

قرارات قد تضر بمركز المتهم في الدعوى.وذلك إذا ما احالت المتهم للمحاكمة -تحت تأثير عوامل خارجية- قبل التثبت من ان كافة الضمانات التي تكفل حقوق المتهم قد تم مراعاتها. وان ادلة الاتهام تفصح بشكل كبير عن احتمال الإدانة[1] .

وعلى ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين: نتناول في الفرع الأول استقلال الهيئة القضائية بوجه عام وسلطة التحقيق على وجه الخصوص. ثم في الفرع الثاني نتناول الحياد وما يستوجب ذلك من فصل بين الوظائف القضائية.

الفرع الأول

استقلال سلطة التحقيق لحماية أصل البراءة

لكي تتمكن الجهة المختصة بإجراءات التحقيق في القيام بعملها على نحو يكفل حماية أصل البراءة، فإنه من الواجب ان تتمتع بالاستقلال[2] كما هو حال الهيئة القضائية المختصة بالحكم. بحيث لا تخضع إلا لسلطان القانون فلا يؤثر على عملها اي شكل من اشكل التأثر الخارجي التي توهن عزائم رجالها، فيميلون عن الحق إغراء ، او إرغاما، او ترهيبا، فينصرفون عن انقاد الحق تحاملاً من جانبهم على احد الخصوم . وانحيازاً لغيره . وهو ما يكون منافياً لضمانة التجرد عن الفصل في الحقوق القضائية[3] .

واستقلال الهيئة المختصة بالتحقيق، يكون باستقلال اعضائها في اداء أعمالهم القضائية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، ولا يجوز الانتقاص من هذا الاستقلال، سواء أكان ذلك بقابليتهم للعزل[4] بغير الطريق التأديبي او كان ذلك

([1]) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري " ،ط ٢٠٠٤ ،مرجع سابق ص٢٩٨ .
([2])ياتي استقلال النيابة كسلطة قضائية من مبدأ الفصل بين السلطات المطبق في المجتمعات الديمقراطية.ومعنى هذا ان يكون لكل جهاز من اجهزة الدولة مسئوليات محددة يختص بها وحده دون غيره. ومن ثم يجب ان تكون للقضاء كمؤسسة، والقضاة كافراد، السلطة الوحيدة للفصل في الدعوى.ولا يجب أن يخضع القضاة، كهيئة وكافراد، لأي تدخل سواء من جانب الدولة أو من الأشخاص العاديين. ويجب أن تضمن الدولة هذا الاستقلال المكفول بأن تنص عليه قوانينها، وبأن تحترمه جميع المؤسسات الحكومية. وينبغي أن تضمن الدول وجود ضمانات هيكلية ووظيفية ضد أي تدخل سياسي أو غير سياسي في تطبيق العدالة. واستقلال القضاء يستلزم أن تكون له وحده دون غيره الولاية على نظر جميع الدعاوى ذات الطبيعة القضائية.
([3]) راجع الدكتور رمزي رياض عوض، " الرقابة على التطبيق القضائي لضمانات المحاكمة المنصفة، دراسة مقارنة-. دار النهضة العربية، ٢٠٠٥-٢٠٠٦، ص ١٣ وما بعدها.
([4]) وقد حرص المشرع الدستوري اليمني على تأكيد استقلال النيابة العامة باعتبارها هيئة من هيئات القضاء حيث نص الدستور اليمني في مادته ١٤٩ بأن" القضاء سلطة مستقلة قضائيا وماليا وإداريا والنيابة - العامة هيئة من هيئاته ... " كما اكد الدستور على عدم قابلية القضاة واعضاء النيابة العامة للعزل بغير الطريق التاديبي مادة(١٥١) .

بتبعيتهم الإدارية، سواء اكان تبعيتهم لرؤسائهم، او النائب العام، او وزير العدل، ذلك ان العزل بغير الطريق التأديبي قد يعني انه صدر لأسباب لا تصلح وحدها مبرر للعزل بالطريق التاديبي، كما ان التبعية الإدارية تفسد مضمون العمل، ولها تأثير نفسي تحد من قدرة المرءوسين على الاستقلال برايهم[1].

وغني عن البيان، أن استقلال عضو النيابة العامة، لا يعني التحكم، او الاستبداد فيما يقوم به من إجراءات، وإنما يعني عدم خضوعه فيما يقوم به إلا لما يمليه عليه ضميره، دون تأثر بوعد، او وعيد[2]. وان هذه الاستقلالية تقتضي أن يكون القائم بأعمال التحقيق ، قد استوفى تكوينه القانوني والمهني.

ويعكس استقلال الهيئة المختصة بالتحقيق، كما هو حال الهيئة المختصة بالحكم، مدى مصداقية اي نظام يزعم تمتعه بالديمقراطية، واحترامه للحريات العامة للمواطنين، فإذا كان مبدأ الفصل بين السلطات الثلاث - السلطة التشريعية والسلطة القضائية والسلطة التنفيذية-، يتطلب التواصل والتعاون في الدولة، دون طغيان احدهم علي الأخرى، فان إهدار ذلك المبدأ لابد أن يعصف بأي زعم ديمقراطي.

الفرع الثاني

حياد الهيئة القضائية المختصة بالتحقيق لحماية أصل البراءة

أولاً : مفهوم الحياد و أهميته للسلطة القضائية :

يقصد بحيدة الهيئة القضائية بوجه عام، والهيئة المختصة بأعمال التحقيق أن يتم مباشرة الإجراءات الجنائية بعيداً عن التحيز لطرف ضد طرف متأثراً باعتبارات غير موضوعية، او متأثراً بالمصالح، او العواطف الشخصية[3].

ومن شان الحياد ان يحقق الضمان القضائي للتحقيق الابتدائي، و في ذات الوقت يعد مصدراً لحماية اصل البراءة. فالقضاء باعتباره الحارس الطبيعي للحقوق

---

(1) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري"، مرجع سابق، ٣٢٠.

(2) الدكتور محمد عصفور: " استقلال السلطة القضائية، مجلة القضاء، السنة الأولى العدد الثالث، ١٩٦٨، ص٢٠٩.وانظر الدكتور محمد كامل عبيد: " استقلال القضاء"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩١، ص١٤٥

(3) انظر تفصيلاً، الدكتور عبد الرءوف مهدي : " شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية "، مرجع سابق ، ص ٩٣٠. الدكتور رمزي رياض عوض: " الرقابة على التطبيق القضائي لضمانات المحاكمة المنصفة، دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥-٢٠٠٦، ص٢٩.

والحريات،لا يمكنه ان يؤدي دوره بشكل فعال، ما لم يتمتع بصفة الحياد[1] والبعد عن التحيز المسبق لصالح طرف ضد طرف[2].

ومن موجبات الحياد- كمصدر لحماية أصل البراءة- ان يكون هناك فصل تام بين وظيفتي الاتهام والتحقيق الابتدائي من ناحية، وبين وظيفتي الحكم والتحقيق الابتدائي من ناحية أخرى.

وهو ما سنوضحه من خلال الآتي:

ثانياً : الفصل بين وظيفتي الاتهام والتحقيق الابتدائي :

يقصد بالفصل بين وظيفتي الاتهام والتحقيق أن يتولى مهمة الاتهام جهة غير الجهة التي تتولى التحقيق الابتدائي[3]، ومعناه عدم جواز أن يمارس الشخص أكثر من اختصاص، فتحريك الدعوى من اختصاص النيابة، وقاضي التحقيق مختص بأعمال التحقيق، ولا يتولى الأول مهمة الثاني والعكس صحيح[4].

والعلة من عدم جواز الجمع بين هاتين الوظيفتين أن من قام بالتحقيق يكون قد كون فكرة مسبقة عن المتهم، مما يؤثر في وظيفته عند تولي الاتهام.

وليس من شك أن حماية أصل البراءة عند تولي التحقيق الابتدائي، يثير قضية هامة تتمثل في مدى حتمية الفصل بين وظيفتي الاتهام La poursuite والتحقيق L'instruction، حيث تباينت التشريعات وأراء الفقه في هذا الخصوص، وذلك على النحو التالي:

---

(1) وقد قالت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان إن الحيدة "تعني الا يكون للقاضي أية تصورات مسبقة حول الأمر المعروض عليه، وأنه لا يجب أن يتصرف بطريقة تعزز مصالح احد الأطراف دون الأطراف الأخرى." انظر دليل المحاكمات العادلة، مرجع سابق.

(2) انظر : الدكتورة فوزية عبد الستار: " شرح قانون الإجراءات الجنائية" ، مرجع سابق ، ص٣٢١.

(3) ينصرف مفهوم وظيفة الاتهام إلى تحريك الدعوى الجنائية ، ثم تجميع الأدلة التي تساند الاتهام إلى أن تحال الدعوى إلى القضاء، ثم يتولى الادعاء أمام هذا الأخير بتقديم الطلبات إلى أن يصدر القضاء حكمه، ولا يقف دور الاتهام عند هذا الحد بل يتخطى ذلك إما بالطعن على الأحكام أو السعي إلى تنفيذه أما التحقيق الابتدائي فهو أحد وظائف القضاء الجنائي الهدف منه جمع أدلة الجريمة وتقدير هذه الأدلة من حيث التهمة تمهيدا لمرحلة المحاكمة. انظر في ذلك: استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري "، مرجع سابق، ص٣٨٦ وما بعدها. الدكتور محمود نجيب حسني : " شرح قانون الإجراءات الجنائية " ، ط٣ ، ١٩٩٨ ، دار النهضة العربية ، ص٥٠١ . الدكتور عبد الفتاح مصطفى الصيفي: " الإجراءات الجنائية ، جـ١ ، ١٩٩٨ ، ص٢٧٤ . الدكتور عوض محمد عوض:" المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٩، ص٤٤١. الدكتور أشرف رمضان عبد الحميد حسن: " مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق دراسة مقارنة"، ط٢ ٢٠٠٢.ص ١٦٧وما بعدها.

(4) انظر تفصيلاً: الدكتور اشرف رمضان عبد الحميد حسن: المرجع السابق نفسه ، ص ٢٤٤وما بعدها.

١-موقف التشريعات المقارنة من قضية الفصل بين وظيفتي الاتهام و التحقيق:

انقسمت التشريعات فيما يتعلق بموقفها من حتمية الفصل بين وظيفتي الاتهام والتحقيق ،إلى ثلاثة اتجاهات.

الاتجاه الأول من التشريعات: تجمع بين الوظيفتين في يد سلطة واحدة، حيث تتولى النيابة العامة مهمة أعمال التحقيق الابتدائي، بالإضافة إلى سلطتها في الاتهام، وهذا هو السائد في تشريعات كل من مصر واليمن والأردن[١]. وإن كان التشريع المصري اجاز في مواد الجنح ندب قاضٍ لمباشرة التحقيق الابتدائي بقرار من رئيس المحكمة. وذلك بناء على طلب النيابة العامة أو المتهم أو المدعي بالحقوق المدنية، أو بناء على طلب وزير وفي هذه الحالة الأخيرة لا بد أن يكون قاضي التحقيق بدرجة مستشار تختاره الجمعية العامة لمحكمة الاستئناف[٢].

ولكن المشرع المصري لم يمنح قاضي التحقيق تولي التحقيق في جريمة من الجرائم من تلقاء نفسه، وإنما يجب أن يكون بأذن من النيابة العامة، أو بناء على الإحالة من الجهات الأخرى التي خولها القانون ذلك[٣]

والاتجاه الثاني: وإن كان لا يفصل بين الوظيفتين، فإنه يشترط الرجوع إلى القاضي في بعض الحالات المهمة، ومثال ذلك التشريع الياباني؛ حيث أوجب على النيابة العامة الرجوع إلى القاضي في بعض الإجراءات المهمة، كالقبض والحبس الاحتياطي[٤].

وهناك اتجاه تشريعي ثالث يفصل بين وظيفتي الاتهام والتحقيق؛ فيعهد بوظيفة الاتهام للنيابة العامة، ويعهد بوظيفة التحقيق لقاضي التحقيق، وهذا هو الوضع السائد في التشريع الفرنسي[٥]، والتشريع اللبناني[١] .وفي العديد من التشريعات

---

(١)انظر في التشريع الأردني: الدكتور عبد الإله محمد سالم النوايسة: " ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي" مرجع سابق، ص ٤١ .

(٢) انظر المادتان ٦٤ و ٦٥ من قانون الإجراءات الجنائية

(٣) انظر المادة ٦٧ من قانون الإجراءات الجنائية

(٤) المادتين ٢٠٥ و٢١٨ من القانون الصادر سنة ١٩٤٨، اشار إليهما استاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور:" القانون الجنائي الدستوري"، مرجع سابق، ص ٣٣١.

(٥)نصت المادة ٣١ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي على ان النيابة العامة تختص بتحريك الدعوى الجنائية ونصت المادة ٤٩ بان قاضي التحقيق يتولى جمع الأدلة وتقدير مدى توافرها ضد المتهم

Article 31: du Code de procédure pénale:" Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi.

Article 49 du Code de procédure pénale:" Le juge d'instruction est chargé de =

الأوربية، كالتشريع الإيطالي والألماني والبولندي والبلجيكي[2]. وكذلك التشريع الأمريكي[3]

ومن الجدير بالذكر أن التشريع الفرنسي قد أحدث طفرة جديدة في مجال الفصل بين الوظائف القضائية، فلم يقتصر فقط على الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق. وإنما إمعانا منه في تدعيم الضمان القضائي لحماية أصل البراءة، فقد أوكل بالإجراءات الماسة بالحرية الشخصية إلى قاضي الحريات والحبس- كما أشرنا - وخصوصا فيما يتعلق بقرار الوضع تحت الفحص(الاتهام) mise en examen وبقرار الحبس الاحتياطي " التوقيف المؤقت" La détention ، نظراً لخطورتهما على الحرية الشخصية-[4]، وقد استحدث المشرع الفرنسي هذا المنصب، بموجب قانون تدعيم حماية " قرينة البراءة .." الصادر في ١٥ يونيه لسنة ٢٠٠٠[5].وترك لقاضي التحقيق ممارسة أعمال التحقيق الأخرى.

وفي التشريع الكويتي، يفرق المشرع بين الجنايات من ناحية، وبين الجنح والمخالفات من ناحية أخرى، ففي حين يخول التحقيق في الجنايات للنيابة العامة، يخول التحقيق في الجنح والمخالفات لمحققين من دائرة الشرطة والأمن، وهذا وضع

=procéder aux informations, ainsi qu'il est dit au chapitre ler du titre III.

Il ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales dont il a connu en sa qualité de juge d'instruction.

(1) انظر: الدكتور سليمان عبد المنعم، " أصول الإجراءات الجزائية في التشريع والقضاء والفقه، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع- بيروت ، ١٤١٧هـ ١٩٩٧- ، ص٥٢٨.

(2) انظر في ذلك: الدكتور هلالي عبد اللاه احمد : " المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي " ، مرجع سابق ، ص٨٥٩.

(3) الدكتور رمزي رياض عوض: " الرقابة على التطبيق القضائي لضمانات المحاكمة المنصفة، دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥-٢٠٠٦، مرجع سابق، ص ٣٩.

(4) ويأتي استحداث منصب قاضي الحريات والحبس نتيجة الجدل السياسي والقانوني الدائر في وظيفة سلطات قاضي التحقيق،ومرجع ذلك زيادة اللاحقات الجنائية التي يقوم بها بعض قضاة التحقيق للمشاهير من رجال السياسة والمال،ولهذا رأى المشرع الفرنسي انه ليس من الملائم أن يجمع قاضي التحقيق كل السلطات في يده، وبصفة خاصة سلطة الوضع قيد الحبس المؤقت(الاحتياطي) ولهذا ابتكر هذا المنصب لتكون مهمته الأساسية هي الفصل في طلب قاضي التحقيق إما بحبس المتهم احتياطيا أو عدم حبسه وقد اشترط القانون أن ينتدب لهذه الوظيفة أحد القضاة على أن يكون بدرجة رئيس محكمة أو النائب الأول للرئيس وذلك بهدف توافر الحد الأدنى من الخبرة القضائية . وقد أثار هذا التعديل حفيظة قضاة التحقيق لأنه يشكك في عملهم و ينتقص من صلاحياتهم. الدكتور إدريان شارل دانا محاضرات ألقيت على طلاب دبلوم القانون الجنائي بجامعة عين شمس في ابريل ٢٠٠٢. وانظر:

Christine Lazerges:" La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes",op.cit. P18

(5) انظر نص المادة ١٣٧-١ فيما سبق في الفصل الثاني من الباب الثاني .

منتقد لدى الفقه،لأن الشرطة جزء من السلطة التنفيذية، وليست جهة قضائية كما أنها سرعان ما تميل إلى الاتهام بمجرد الشبهات[1].

٢- موقف الفقه من قضية الفصل بين وظيفتي الاتهام و التحقيق:

تباينت آراء الفقه حول حتمية الفصل بين وظيفتي الاتهام والتحقيق إلى اتجاهين مختلفين. وذلك على النحو الآتي:

الاتجاه الأول: القائل بضرورة الفصل بين الوظيفتين:

ينادي غالبية الفقه[2]. بضرورة الفصل بين الاتهام والتحقيق. بحيث يخصص للتحقيق قاضٍ مستقل يتولى التحقيق.ويدعمون موقفهم بعدة حجج. ويمكن إيجازها، بأن اعتبارات العدالة والحرص على ضمانات الحرية الفردية. والاهتمام بأن تكون نتيجة التحقيق موضع ثقة من الرأي العام والمتهم والقضاء؛ كل ذلك يقتضي ان يتولى أعمال التحقيق قاضٍ محايد، لم يقم هو بمهام الاتهام؛ حتى لا يكوّن رأياً ينحاز به ضد المتهم، يجعله ينساق إلى التمسك بالقناعة التي تكونت لديه بشأن الاتهام إذا ما أوكل إليه أمر التحقيق أيضاً، وفي هذا خطر حقيقي على الحرية الشخصية وعلى العدالة والحياد. وهي مبادئ تتطلب ألا تجتمع صفتا الخصم والحكم في جهة قضائية واحدة؛ فالنيابة تعتبر خصما للمتهم، إذ تقوم بتوجيه الاتهام له، وفي ذات الوقت تعتبر حكماً عندما تتولى بنفسها أمر التحقيق في هذه الدعوى، بهدف

---

(1) أستاذنا الدكتور احمد فتحي سرور : "القانون الجنائي الدستوري" مرجع سابق، ص ٤٠٤. الدكتور فايز الظفيري: " المعالم الأساسية للقضية العادلة في مرحلة الاستدلالات والتحقيق الابتدائي وفقا للمفهوم الكويتي " . ط١ جامعة الكويت ، ٢٠٠١ ، ص٨٦.

(2) انظر في هذا الراي : رياض شمس : " الحرية الشخصية" . رسالة دكتوراه ، مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة . ١٩٢٤ . الدكتور محمود نجيب حسني : " شرح قانون الإجراءات الجنائية " ، ط٢ ، ١٩٩٨ ص٥١٠. الدكتورة فوزية عبد الستار ؛ " شرح قانون الإجراءات الجنائية" ، مرجع سابق ، هامش ص٣٢١ ، ٣٢٢. الدكتور عبد الرءوف مهدي: " القواعد العامة للإجراءات الجنائية " ، مرجع سابق ، ص٣٢٢. الدكتور هلالي عبد اللاه احمد، " المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي، ص ٨٥٢. الدكتور محمد عيد الغريب: " " المركز القانوني للنيابة العامة دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ١٩٧٩، ص٤٧٨. الدكتور جلال ثروت والدكتور سليمان عبد المنعم: " أصول المحاكمات الجزائية — الدعوى الجنائية- مرجع سابق، ص٤٦٠، دار النهضة العربية، ص٥١٠. الدكتور نظام توفيق المجالي: " القرار بالا وجه لإقامة الدعوى الجنائية دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس ١٩٨٦، ص ٤٩اوما بعدها. الدكتور عبد الحميد محمود البعلي : " الحماية الجنائية للحقوق والحريات اثناء المحاكمة الجنائية - دراسة مقارنة- ". مجلة الحقوق —الكويت، السنة الثامنة عشرة، العدد الرابع ديسمبر ١٩٩٤ ص١٢١. الدكتور أشرف رمضان عبد الحميد حسن: " مبدا الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق دراسة مقارنة"، مرجع سابق.ص ٢٦٨وما بعدها.

كشف حقيقة الجرم الواقع والتيقن من ثبوته في حق المتهم او نفيه عنه . فكيف لمن هو خصم للمتهم في الدعوى الجنائية، ان يكون محققاً يتميز بالموضوعية والحياد !

ولذلك يرى انصار هذا الراي ان من اللازم ان يتولى مهمة الاتهام النيابة العامة، حيث تتولى تحريك الدعوى الجنائية إلى قاضي التحقيق، وهذا الأخير هو الذي يتولى أعمال التحقيق اللازمة لكشف الحقيقة، والبحث عن مدى نسبة الاتهام بارتكاب الجريمة للشخص المعروض على جهة التحقيق وهو الذي يقرر ما إذا كان المتهم يستحق إحالته إلى المحكمة أم لا[1].

الاتجاه الثاني : القائل بالجمع بين وظيفتي الاتهام والتحقيق:

ذهب جانب آخر من رجال الفقه[2] إلى ان الجمع بين وظيفتي الاتهام والتحقيق في يد واحدة، وهي النيابة العامة لا يخل بضمان العدالة والحياد الذي يجب أن تتمتع به سلطة التحقيق. وأن هذا الجمع يؤدي إلى تبسيط الإجراءات الجنائية ، وسرعة فعاليتها.

ويدعم هذا الاتجاه موقفه بعدة حجج، يمكن اختزالها في حجتين:

الحجة الأولى: ان الجمع بين الوظيفتين، لا يهدر الحياد الواجب في المحقق ، فالنيابة العامة تتمتع بالاستقلال القضائي، ومن ثم لا ضرر من قيامها بوظيفة التحقيق إلى جانب الاتهام.ثم إنها لا تزاول حقاً شخصياً، وإنما تمارس وظيفة وسلطة لها واجبات وعليها التزامات، وبالتالي فهي تراعي في وظيفتها- أو هكذا ينبغي أن

---

(1) والأصل ان قاضي التحقيق لا يمكنه التصدي من تلقاء نفسه لأعمال التحقيق إلا بعد ان يحرك النائب العام الدعوى الجنائية امامه ويستثنى من ذلك حالة التلبس بالجريمة إذ يجوز لقاضي التحقيق ان يتولى مهام التحقيق دون انتظار لادعاء النيابة العامة، والحكمة من ذلك هي: أن الجرم المشهود واضح المعالم وادلته متوفرة وان عنصر السرعة والخوف من ضياع الأدلة اوالعبث بمعالها يقتضي ذلك التدخل للتحقيق دون انتظار للادعاء.

(2) انظر في هذا الراي :
Bergoignan-Esper CLAUDINE : "La Séparation des fonctions de justice répressive Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, Série Sciences criminelles - Paris : Presses universitaires de France, 1973 p. 20 et s. voir aussi : Gaétan di MARINO: la reforme de la détention provisoire op.cit. P.328.

الدكتور حسن صادق المرصفاوي : " الحبس الاحتياطي وضمان حرية الفرد في التشريع المصري مرجع سابق ، ص٤٧ وما بعدها . الدكتور محمد عيد الغريب " المركز القانوني للنيابة العامة، مرجع سابق، ص٥٠٢. الدكتور أشرف توفيق شمس الدين: " التوازن بن السلطة والحرية ووجوب تقييد النيابة العامة في التحقيق الابتدائي"، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ٢٠٠٦ ، ص ٢٨.

تكون-، الفصل بين كونها سلطة تحقيق، وسلطة اتهام بضمانها التام، لأدلة الاتهام، وادلة النفي،على حد سواء، فهي خصم عادل يهمها إظهار براءة البريء وإدانة المجرم، وهي وان لبست ثوب الخصم في الدعوى، فإن ذلك يأتي بعد التثبت من مقارفة المتهم للجريمة،اما قبل ذلك، فهي تأخذ الأدلة التي جُمعت وتفندها، وتستجوب المتهم، وتفسح صدرها لسماع شهوده. فإذا أتمت تحقيق الدعوى فهي إما تقدمه للمحاكمة او تخلي عنه.

والحجة الثانية: تمليها الاعتبارات العملية. فالتشريعات الحديثة، تتجه نحو تبسيط الإجراءات. والتسريع في القيام بها، حتى تأخذ العدالة مجراها ويستتب الأمن. وإن القول بفصل وظيفتي الاتهام والتحقيق. يؤدي إلى تعقيد الإجراءات، وإلى تشتيت الأدلة، حيث يسمع الشاهد أمام جهات متعددة، بما قد يؤدي إلى خلق ثغرات في التحقيق. وفي ذات الوقت، لا يؤدي الجمع بينهما إلا إلى الإخلال بحسن إدارة القضاء الجنائي، او بحسن سير العدالة،او إهدار الضمان القضائي المقرر للتحقيق الابتدائي. فالنيابة العامة يمكنها أن تضطلع بأعمال التحقيق في إطار القواعد التي رسمها الدستور والقانون، وتحت رقابة قضاء الحكم الذي يمارس رقابة سابقة على أعمال النيابة العامة، فيكون للمتهم حق التظلم ضد قرارات النيابة العامة، ناهيك عن التزام النيابة العامة بالحصول على إذن في اتخاذ بعض إجراءات التحقيق، كالحبس والحجز والتفتيش -عدا حالة الاستعجال-. وفي هذا ضمانة هامة للمتهم[1].

رأي الباحث:

الرأي القائل بالفصل بين الوظيفتين، هو الرأي الذي نميل إليه، فبالإضافة إلى ما قيل من تبريرات، تدعم موقف القائلين بمبدأ الفصل بين الوظيفتين، فإن هذا الفصل- من وجهة نظرنا- يشكل ضمانة هامة لحماية أصل البراءة، الذي يعتبر عماد الموازنة بين حماية الحرية الشخصية ومقتضيات فاعلية العدالة. ووفقا لمنطق الموازنة، فإنه يجب الا تمس الحرية الشخصية إلا بواسطة سلطة قضائية مستقلة ومحايدة، مما يحتم أن ينهض بإجراءات التحقيق قاضي تحقيق مستقل ومحايد، حتى يشعر المتهم ان مصير حريته بأيدٍ أمينة.

واما ما قيل من تبرير للجمع بين الوظيفتين، بأن من شأنه تبسيط الإجراءات

---

(١)راجع، استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور،" القانون الجنائي الدستوري"، مرجع سابق، ص ٢٨٨- ٣٩١.

الجنائية وسرعتها وفعاليتها... فرغم أهمية ذلك، فإنه لا يجوز في سبيله إهدار ضمان آخر له قيمة أهم وأكثر خطورة، وهو ضمان فاعلية العدالة، التي تقتضي أن تتولى مهام التحقيق سلطة مستقلة، ومحايدة تختلف عن سلطة الاتهام.

وأن من مفترضات معاملة المتهم على أنه بريء حتى تتقرر إدانته بمحاكمة عادلة ومنصفة ونهائية أن تكون هناك جهة للتحقيق لا تتأثر بدواعي الاتهام، بل ينبغي أن تكون مستقلة ومحايدة، ولذلك فإن الجمع بين الوظيفتين في يد جهة واحدة من شأنه، أن يهدر ضمانات الحيدة، ويخل بأصل البراءة.

وأما التبسيط في الإجراءات، وسرعة الفصل في القضايا، كمبرر للجمع بين السلطتين، فيمكن التغلب عليه من خلال وضع نصوص قانونية تعالج التأخير في الإجراءات، ومن ناحية أخرى، زيادة أعداد قضاة التحقيق، وتأهيلهم، وتوفير الضمانات التي تكفل استقلالهم وحيادهم.

و ما أريد قوله أن الضمان الحقيقي لحماية أصل البراءة ليس فقط، بالاستقلال والحياد بل هاتان الأخيرتان ترتبطان بوجدان وضمير المحقق، وبمستواه الثقافي والمهني، وبحس العدالة لديه أكثر مما ترتبط بطبيعة ووظيفة القائم بإجراءاته، سواء أكان القائم بأعمال التحقيق عضو النيابة العامة، أو كان قاضي التحقيق، فالضمان الحقيقي لا يتأتى من الوظيفة فحسب، وإنما من الضمير المهني، ومن استحضار الرقابة الإلهية، قبل الرقابة البشرية، ومن ثقافة مهنية، لن تتأت إلا بطول خبرة ، وممارسة لدى المحقق، وبتنظيم دورات تدريبية للقائمين بأعمال السلطة القضائية[1].

ثالثاً: الفصل بين وظيفتي التحقيق و الحكم كمصدر لحماية أصل البراءة:

من المعلوم أن معنى الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم، هو أن كل قاض سبق وأن قام بالتحقيق الابتدائي، لا يجوز له أن يشترك في المحاكمة، أو في بعض مداولاتها في ذات القضية المعروضة أمام المحكمة ، وذلك، حتى لا يتأثر بما سبق أن

---

(1) وقد جاء في المبدأ العاشر من "المبادئ الأساسية المتعلقة باستقلال السلطة القضائية" أنه "يتعين أن يكون من يقع عليهم الاختيار لشغل الوظائف القضائية أفراداً من ذوي النزاهة والكفاءة، وحاصلين على تدريب أو مؤهلات مناسبة في القانون. ويجب أن تشتمل أي طريقة لاختيار القضاة على ضمانات ضد التعيين في المناصب القضائية بدوافع غير سليمة.." دليل المحاكمات العادلة مرجع سابق .

اتخذه من قرارات، أو بما تكونت لديه من قناعات بشأن الدعوى الجنائية، التي سبق له القيام بالتحقيق فيها، لأن ذلك قد يدفعه عند اشتراكه في المحاكمة، إلى تمسكه برأيه السابق، الذي اتخذه إبان التحقيق[1].

ويحقق مبدأ الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم، ضماناً إضافياً لحياد القاضي[2]. وهو في ذات الوقت يشكل ضماناً لحماية أصل البراءة، لأن حماية أصل البراءة يستوجب على من يتولى الحكم. ان لا يكون قد كون في ذهنه انطباعاً مسبقاً يتناقض مع اصل البراءة، وهو ما قد يحدث إذا ما قام بالتحقيق الابتدائي -أو اشترك بإحدى إجراءاته- وتولدت لديه قناعات، بأن الشخص المحال للمحاكمة، قد يكون مداناً ، ثم يتولى بنفسه الحكم في القضية ذاتها[3].

وعلى هذا الأساس. فإن الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم، ينال قيمة دستورية يستمدها من اصل البراءة، بالإضافة إلى مبدأ حياد القاضي، وهما مبدآن دستوريان هامان[4].

وقد اكد قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، مبدأ الفصل بين الوظيفتين؛ حيث قضت المادة ٤٩ منه على، ان " قاضي التحقيق مكلف بإجراءات التحقيق..ولا يجوز له - و إلا كان باطلا- ان يشارك في الحكم في القضية الجنائية التي اطلع عليها بصفته قاضي تحقيق"[5].

ورات المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ان القضاة، يجب ألا " يُكوِّنوا آراءً مسبقة حول حيثيات اية قضية "[6].

---

(1) انظر: استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور : "القانون الجنائي الدستوري".مرجع سابق، ص٣٩٩. الدكتور سليمان عبد المنعم:" أصول الإجراءات الجزائية في التشريع والقضاء والفقه ، مرجع سابق، ص٥١٦.

(2) انظر: الدكتور احمد فتحي سرور: "القانون الجنائي الدستوري".مرجع سابق، ص٣٩٩. الدكتور سليمان عبد المنعم:" أصول الإجراءات الجزائية في التشريع والقضاء والفقه ، مرجع سابق، ص٥١٦. الدكتور اشرف رمضان عبد الحميد: " قاضي التحقيق".دار النهضة العربية ، ط١ ، ٢٠٠٤، ص٧٧.

(3) Thierry Renoux :" Le conseil constitutionnel l'autorité", op. cit.p.344.

اشار إليه الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري"، مرجع سابق ، ص ٤٠٠.

(4) الدكتور احمد فتحي سرور : المرجع السابق نفسه، ص ٤٠٠.

(5) Article 49 du Code de procédure pénale: " Le juge d'instruction est chargé de procéder aux informations,..."

Il ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales dont il a connu en sa qualité de juge d'instruction.

(6) وقد ذهبت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إلى ان الحالات التالية تعد مجافية للحيدة هي:

وقضت محكمة النقض الفرنسية، بعدم جواز الاشتراك في عضوية المحاكمة لمن سبق له التصرف في ذات الدعوى بوصفه قاضي التحقيق[1].

وكذلك قضت بأنه لضمان الحياد- وفقا لما هو منصوص عليه في المادة السادسة الفقرة الأولى من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان-.. لا يجوز لمن اطلع على الوقائع محل الاتهام وقام فيها بتحقيقات متعددة في ذات الموضوع ان يحكم او يشترك في محاكمة مرتكب تلك الوقائع[2].

واما في مصر، فقد قرر المشرع الإجرائي مبدا الفصل بين الوظيفتين، في المادة ٢٤٧ في فقرتها الثانية، بقوله: " ويمتنع عليه- اي على القاضي- ان يشترك في الحكم إذا كان قد قام في الدعوى بعمل من اعمال التحقيق...".

وفي اليمن قرر المشرع الإجرائي في المادة ٣٧٠، الفقرة د، بأنه يمتنع على القاضي ان يشترك في الحكم، إذا كان قد قام في الدعوى بعمل من اعمال التحقيق او الإحالة...".

- إذا كان قاضي محكمة الاستئناف، الذي يتمتع بسلطات واسعة، يشغل كذلك مركزاً مؤثراً في النيابة العامة في السابق، وقد رات المحكمة الأوروبية أن حيدة المحكمة "يمكن ان تبدو موضع شك." ومع هذا، فقد نوهت المحكمة الأوروبية بأن عمل القاضي في النيابة العامة ليس بعامل حاسم في حد ذاته او من تلقاء ذاته.

- إذا كان قاضي التحقيق قد أمر باحتجاز المتهم قبل محاكمته وتولى استجوابه في عدد من المناسبات أثناء التحقيق معه، ثم عين فيما بعد قاضياً في المحكمة، وتولى بهذه الصفة محاكمة المتهم في نفس الدعوى.

اما الحالات التالية لا تجد المحكمة الأوروبية اية شبهة لعدم الحيدة:

إذا اشترك قاضي المحكمة في مراحل سابقة من إجراءات الدعوى، كان من بينها البت في أمر احتجاز (المتهم) على ذمة القضية. وقالت المحكمة "إن إصدار القاضي لقرارات (تمس المتهم) قبل المحاكمة، من بينها الأمر باحتجازه على ذمة القضية إنما هو أمر لا يكفي وحده لتبرير الخشية من عدم التزامه بالحيدة، فالمعول هنا هو مدى وطبيعة هذه القرارات."

وإذا كان رئيس المحكمة التي تولت محاكمة المتهم قد قرر بناءً على ملف الدعوى وجود ادلة واضحة تبرر تقديم المتهم للمحاكمة. وقد وجدت المحكمة الأوروبية ان معرفة القاضي المفصلة بالدعوى من واقع دوره، الذي شارك به في المراحل المبدئية، لا يعني انه منحاز باية طريقة تحول بينه وبين الالتزام بالحيدة في أن ينظر القضية في طور المحاكمة.

انظر في هذا المعنى:

CA Caen (ch. civ.), 10 mai 1996 N° 96-421.- Mlle X...

M. Deroyer,Pt.- M. Lepaysant et Mme Bliecq, Conseillers.-M. Triaulaire.Av. Gén.-

:A rapproche: Cass.Crim., 7 avril 1993, Bull. crim. 1993, N° 152, p. 181

Cass.Crim., 9 novembre 1995, Bull. crim. 1995, N° 346(1), p.1003

Cass.Crim 28 novembre 1995 REJETN° 93-84.134.- CA Paris.

(1)Cass. Crim.du 27 juin 1996, Bull . no 279.

(2)Cass. Crim du 10 janv. 1996, N° 95-81.591 Cour d'assises de l'Allier .

كما اوجب عليه التنحي. إذا اشترك في القضية، بصفته ممثلا للنيابة العامة، او من رجال الضبط القضائي. او محاميا عن المجني عليه. او مدافعا عن المتهم.

ومن المعلوم ان التعارض بين الوظيفتين، لا يكون قائما، إلا إذا كان القائم بإعمال التحقيق، هو ذاته القائم بالحكم. او على الأقل مساهما فيه. اما إذا لم يمارس عملاً من اعمال التحقيق، فليس هناك ما يمنع من ان يكون عضوا في المحاكمة، لانتفاء العلة من الحظر. وعلى هذا الأساس قضت محكمة النقض المصرية، بأنه لا يعد من بين اسباب عدم الصلاحية المنصوص عليها في المادة ٢٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية التي تقضي بأنه - " يمتنع عليه- أي على القاضي- ان يشترك في الحكم، إذا كان قد قام في الدعوى بعمل من اعمال التحقيق..."-. والتي يحظر فيها على القاضي الذي يقوم به احد هذه الأسباب. أن يجلس للفصل في الدعوى ، وذلك درءا لشبهة تأثره بصالحه الشخصي. او بصلة خاصة. او برأي سبق له، أن ابداه في الدعوى ذاتها صونا لمكانة القضاء. وعلو كلمته في اعين الناس"[1].

المبحث الثاني

سرعة إنهاء إجراءات التحقيق الابتدائي ووسائله

لحماية أصل البراءة

مما تفرضه الحماية الجنائية لأصل البراءة إثناء إدارة التحقيق الابتدائي سرعة البت في هذا الإجراء إما بإحالة المتهم إلى المحكمة إذا كانت أدلة الاتهام كافية لتقديمه للمحاكمة، او إصدار امر بأن لا وجه لإقامة الدعوى، أو الأمر بحفظ الدعوى في حال عدم توافر ادلة كافية.

وعلى ضوء ذلك سوف نتطرق في مطلبين إلى سرعة إنهاء التحقيق في مطلب أول وفي الطلب الثاني نتناول وسائل إنهاء التحقيق. وذلك على النحو التالي:

---

(١) نقض ١٧ مايو ١٩٦٠ ، مجموعة احكام النقض ، س١١رقم٩١ ، ص٤٧٧.

المطلب الأول

السرعة في إنهاء التحقيق الابتدائي

أولاً : مدى التعارض بين السرعة في إنهاء التحقيق وحماية أصل البراءة :

يثير تعبير إنهاء إجراءات التحقيق الابتدائي في فترة وجيزة لدى الأذهان اعتبارين. قد يبدوان متعارضين وهما: ضرورة مراعاة القواعد الإجرائية المقررة لحماية أصل البراءة. وما يترتب عنه من حقوق، وذلك بأن تأخذ إجراءات كشف الحقيقة وقتها الطبيعي. دون تسرع. أو تعجل. والاعتبار الثاني ضمان فاعلية العدالة التي تتطلب السرعة: حتى لا يظل الشخص حبيس الاتهام والتحقيق، وما قد يشكله التطويل في الإجراءات من أضرار مادية، ونفسية تلحق بالمتهم.[1] وبالتالي تمس بأصل البراءة.

وقد يبرز التعارض بين هذين الاعتبارين. حينما يتطلب حماية أصل البراءة أن تراعى جميع الضمانات الإجرائية في مرحلة التحقيق الابتدائي، حتى وإن صاحب ذلك بطء معقول في الإجراءات. وفي ذات الوقت يقتضي حماية أصل البراءة ألا تطول إجراءات التحقيق الابتدائي. ومن هنا ينبغي الموازنة بين كفالة جميع الضمانات التي تحمي أصل البراءة. وبين الاعتبارات العملية المتمثلة بسرعة إنهاء إجراءات التحقيق الابتدائي والتي تحمي بدورها أصل البراءة **إذا أدى هذا الإنهاء إلى براءة المتهم، وفي ذات** الوقت تحقق فاعلية العدالة في كشف الجريمة ومعاقبة مرتكبها **دون تأخير يضر بحسن سير العدالة، إذا أدى هذا الإنهاء إلى ترجيح جانب الإدانة. ويمكن التعبير عن السرعة في التحقيق، بالمدة المعقولة في إنهاء إجراءات التحقيق الابتدائي**[2]. وينبغي على القائمين بأعمال التحقيق، ان يكون ماثلاً في اذهانهم أصل البراءة، لكونه محور التوازن فلا تسرع يخل بالحقوق، ولا بطء يعكر صفو العدالة، فخير الأمور اوسطها، ولا ضرر ولا ضرار.

وفي هذا الصدد، قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر، بانه" .. لا يجوز ان

---

(1) قارن : الدكتور هلالي عبد اللاه أحمد: " الاتهام المتسرع في مرحلة التحقيق الابتدائي وعدالة اوفى لمن وضع موضع الاتهام" . دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢، ص٣ وما بعدها. الدكتور غنام محمد غنام: " حق المتهم في محاكمة سريعة". دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص٨ وما بعدها. الدكتور شريف سيد كامل: " الحق في سرعة الإجراءات الجنائية" . دار النهضة العربية، ط١ ٢٠٠٤، ص٣ وما بعدها.

(2) وهو التعبير الذي استخدمته الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان.وسوف نناقش ذلك تفصيلاً في دراستنا اللاحقة .

يكون الاتهام... متراخياً دون مسوغ، معلقا امداً طويلاً بما يثير قلق المتهم، ويعوق بالضرورة مباشرته للحقوق والحريات التي كفلها الدستور، وعلى الأخص ما تعلق منها بحرية التعبير وحق الاجتماع، والإسهام في مظاهر الحياة العامة. وقد يُلحق به احتقاراً فيما بين مواطنيه، أو يفقده عمله..."[1].

والمشكلة الحقيقية التي تواجه العديد من الدول هو البطء أو التأخر في سير إجراءات التحقيق الجنائي[2]، وهي بلا شك خطورة تمس بأصل البراءة بعيداً عن التوازن بين المصالح المتعارضة.

وفي هذا الصدد، ذهب بعض رجال الفقه الفرنسي[3] إلى أن سير الدعوى الجنائية في فرنسا يستغرق وقتاً طويلاً. حتى في مجال القضايا التي لا يمكن أن توصف بأنها معقدة، حيث تمتد منذ بدء الجريمة، إلى حين الفصل فيها بحكم بات، بين سنتين إلى ثلاث سنين.

ووفقاً للإحصائيات التي أجريت في فرنسا حول متوسط المدة التي استمر فيها التحقيق الابتدائي، فإنها كانت في عام ١٩٦٨ تصل إلى ستة أشهر تقريبا(était de 5,94 mois en 1968) ، ثم زادت المدة في عام ١٩٩٣ ، لتصبح أثنا عشر شهراً ونصف تقريبا(de 12,4 mois en 1993) ثم في عام ١٩٩٩ زادت المدة لتصل إلى ستة عشر شهراً ونصف تقريبا(16,4 mois en 1999).

وحتى يكون هناك توازن حقيقي بين مقتضيات حماية أصل البراءة وتحقيق مصلحة المجتمع في كشف الجريمة تمهيداً لمعاقبة الجاني، يجب أن توضع القواعد التي تحد من البطء في إجراءات التحقيق الابتدائي وإجراءات المحاكمة بوجه عام — على ما سنرى-.

ثانياً: تحديد مدة معقولة لإتمام التحقيق كوسيلة لضمان السرعة:

لضمان إنهاء إجراءات التحقيق الابتدائي، ومواجهة مشكلة التأخير المبالغ فيه في

---

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، جلسة ٧ فبراير سنة ١٩٩٧ ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، الجزء الثامن ، رقم ٧٨، ص١١٠٨ .

(2) انظر في هذا المعنى:
José Manuel ARROYO GUTIERRES:" La Célérité dans le procès pénal latino-américain", Revue Internationale de droit pénal "R.I.D.P". 1995.p.711.

(3)*Jean PRADEL:" La Durée des procédures",R .Pénit.D.P.,N°1, Avril, 2001, p148.*

الإجراءات الجنائية بوجه عام، وإجراءات التحقيق على وجه الخصوص، أقرت بعض التشريعات الجنائية المقارنة عدة وسائل لضمان إنهاء الإجراءات. وتختلف تلك الوسائل من تشريع لآخر، وغالبا ترتبط أكثرها في مرحلة المحاكمة، سنرجئها إلى حينها[1]. أما في مرحلة التحقيق الابتدائي، فإن أهم وسيلة اتجهت إليها بعض التشريعات لضمان السرعة في إجراءات التحقيق الابتدائي هو تحديد مدة معينة لإتمام هذا الإجراء، مع جواز مد هذه المدة في حالات معينة عند اللزوم[2].

وبسبب بطء الإجراءات في التشريعات الأوربية وفي فرنسا تحديداً، فقد كانت محلاً للعديد من الإدانات، من قبل المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان التي ذهبت إلى أن فرنسا انتهكت مبدأ المهلة الزمنية المعقولة المنصوص عليها في المادة ٥-٣من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان التي تتعلق (بالحجز قبل المحاكمة) والمادة ٦-١ منها والمتعلقة بالإجراءات عموماً[3].

ونتيجة لتلك الإدانات فقد حرص المشرع الفرنسي في قانون" تدعيم حماية قرينة البراءة وحقوق المجني عليه" الصادر في ١٥ يونيه ٢٠٠٠أن يؤكد على مبدا سرعة الإجراءات الجنائية، باعتبار أن سرعة الفصل في الدعوى الجنائية يعد أحد الجوانب الأساسية لاحترام أصل البراءة، وفي ذات الوقت يوفر ثقة الأطراف في العدالة الجنائية[4].

وتأكيدا لذلك، جاء في المادة ١٧٥-٢من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي- بعد التعديل-[5] على أنه " في كل الأحوال ، فإن فترة التحقيق الابتدائي، يجب ألا تتجاوز

---

(1) انظر ما سيلي في الفصل الثالث من هذا الباب، ص ٤٧٢.

(2) الدكتور شريف سيد كامل: " الحق في سرعة الإجراءات الجنائية" ، دار النهضة العربية، ط١ ٢٠٠٤، ص٩٤.

(3)Les chiffres-clés de la justice, octobre 2000, Ministère de la Justice, p. 17.voir: Jean PRADEL:" La Durée des procédures" ,op. cit. p148.

(4)Sophie BOURGUIGNON :" Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence d'après la loi française du 15 juin 2000. (Aperçu des dispositions relatives à l'enquête, à l'instruction et au jugement)", R.P.S. 2001, p. 181.

(5)Article 175-2 du Code de procédure pénale: (Loi n° 85-1303 du 10 décembre 1985 art. 21 et 42 Journal Officiel du 11 décembre 1985 en vigueur le 1er mars 1988) (Loi n° 87-1062 du 30 décembre 1987 art. 23 Journal Officiel du 31 décembre 1987) (Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 74 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001): " En toute matière, la durée de l'instruction ne peut excéder un délai raisonnable au regard de la gravité des faits

المدة المعقولة بالنظر إلى الوقائع المسندة إلى الشخص محل الفحص (المتهم)، و تعقد اعمال التحقيق اللازمة لكشف الحقيقة، وممارسة حقوق الدفاع.وانه إذا انقضت مدة سنتين محسوبة من بداية التحقيق الابتدائي، دون أن ينتهي التحقيق، يلتزم قاضي التحقيق، بأن يصدر امرا مسببا بالإشارة إلى الضوابط المنصوص عليها في الفقرة السابقة، يشرح فيه الأسباب التي تبرر الاستمرار في التحقيق، ويحدد ما سيتم بالنسبة للإجراءات، ويرسل هذا الأمر إلى رئيس غرفة التحقيق الذي يمكنه عرضه على الغرفة، تطبيقاً للمادة ٢٢١-١ا.ج. ويجب ان يتم تجديد هذا الأمر كل ستة اشهر[1].

ولم يكتف المشرع الفرنسي بهذا الأمر، بل تدعيما لضمان المدة المعقولة في مرحلة التحقيق الابتدائي، نص في المادتين ٨٩-١، ١١٦ الفقرة السادسة، من قانون الإجراءات الجنائية[2]، " بأنه يجب على قاضي التحقيق منذ الجلسة الأولى للاستماع، ان يخطر

---

reprochés à la personne mise en examen, de la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité et de l'exercice des droits de la défense.

Si, à l'issue d'un délai de deux ans à compter de l'ouverture de l'information, celle-ci n'est pas terminée, le juge d'instruction rend une ordonnance motivée par référence aux critères prévus à l'alinéa précédent, expliquant les raisons de la durée de la procédure, comportant les indications qui justifient la poursuite de l'information et précisant les perspectives de règlement. Cette ordonnance est communiquée au président de la chambre de l'instruction qui peut, par requête, saisir cette juridiction conformément aux dispositions de l'article 221-1.

L'ordonnance prévue à l'alinéa précédent doit être renouvelée tous les six mois."

(1)Jean PRADEL:" La durée des procédures "op.cit.p.153.

Claude ARRIGHI:"De la chambre d'accusation a la chambre de L'instruction", R.Pé.D.P.,N°1,Avril,2001, p.145.

(2)Article 89-1 du Code de procédure pénale :(Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 art. 10 Journal Officiel du 25 août 1993 en vigueur le 2 septembre 1993) (Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 29 et 74 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001) " Lors de sa première audition, la partie civile est avisée de son droit de formuler une demande d'acte ou de présenter une requête en annulation sur le fondement des articles 81, neuvième alinéa, 82-1, 156, premier alinéa, et 173, troisième alinéa, durant le déroulement de l'information et au plus tard le vingtième jour suivant l'envoi de l'avis prévu par le premier alinéa de l'article 175, sous réserve des dispositions de l'article 173-1.

S'il estime que le délai prévisible d'achèvement de l'information est inférieur à un an en matière correctionnelle ou à dix-huit mois en matière criminelle, le juge d'instruction donne connaissance de ce délai à la partie civile et l'avise qu'à l'expiration dudit délai elle pourra demander la clôture de la procédure en application des dispositions de l'article 175-1. Dans le cas contraire, il indique à la

المدعي بالحق المدني (والمحال للفحص وفقا للمادة١١٦ الفقرة السادسة) بالمدة المتوقع ان تنجز فيها التحقيقات. وتكون المدة المتوقعة لإنهاء التحقيق . دون السنة في مواد الجنح، او ادنى من ثمانية عشر شهراً في الجنايات، وعليه ان يطلع الأطراف، بانه إذا انقضت هذه المدة، دون إنهاء التحقيق الابتدائي، يجوز لهم ان يطلبوا من قاضي التحقيق إنهاء الإجراءات، تطبيقا للفقرة الأولى من المادة ١٧٥[1] من قانون الإجراءات الجنائية.وإذا

---

partie civile qu'elle pourra demander, en application de ce même article, la clôture de la procédure à l'expiration d'un délai d'un an en matière correctionnelle ou de dix-huit mois en matière criminelle.

Les avis prévus au présent article peuvent également être faits par lettre recommandée.

Article 116: du Code de procédure pénale (ordonnance n° 58-1296 du 23 décembre 1958 art. 1 Journal Officiel du 24 décembre 1958 en vigueur le 2 mars 1959) (Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 34 Journal Officiel du 5 janvier 1993 en vigueur le 1er mars 1993) (Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 art. 13 Journal Officiel du 25 août 1993 en vigueur le 2 septembre 1993)(Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 23 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001) (Loi n° 2000-1354 du 30 décembre 2000 art. 12 Journal Officiel du 31 décembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2001)........"- soit qu'elle n'est pas mise en examen : le juge d'instruction informe alors la personne qu'elle bénéficie des droits du témoin assisté ;

([1])Article 175-1 du Code de procédure pénale : (Loi n° 85-1303 du 10 décembre 1985 art. 21 et 42 Journal Officiel du 11 décembre 1985 le 1er mars 1988)(Loi n° 87-1062 du 30 décembre 1987 art. 23 Journal Officiel du 31 décembre 1987) (Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 41 Journal Officiel du 5 janvier 1993 en vigueur le 1er mars 1993) (Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 74 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001)(Loi n° 2000-1354 du 30 décembre 2000 art. 25 Journal Officiel du 31 décembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2001)

La personne mise en examen, le témoin assisté ou la partie civile peut, à l'expiration du délai qui lui a été indiqué en application du huitième alinéa de l'article 116 ou du deuxième alinéa de l'article 89-1 à compter, respectivement, de la date de la mise en examen, de la première audition ou de la constitution de partie civile, demander au juge d'instruction, selon les modalités prévues au dixième alinéa de l'article 81, de prononcer le renvoi ou la mise en accusation devant la juridiction de jugement ou de déclarer qu'il n'y a pas lieu à suivre, y compris en procédant, le cas échéant, à une disjonction. Cette demande peut également être formée lorsque aucun acte d'instruction n'a été accompli pendant un délai de quatre mois.

Dans le délai d'un mois à compter de la réception de cette demande, le juge d'instruction y fait droit ou déclare, par ordonnance motivée, qu'il y a lieu à poursuivre l'information. Dans le premier cas, il procède selon les modalités prévues à la présente section. Dans le second cas, ou à défaut pour le juge d'avoir=

انقضت المدة المعلنة، فإنه يجوز لصاحب الشأن" المدعي بالحق المدني او الشخص محل الفحص". ان يطلب من قاضي التحقيق إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة، او إرسال الأوراق إلى النيابة العامة، او ان يصدر أمراً بأن لا وجه لإقامة الدعوى).وفي خلال شهر من تسلم هذا الطلب، يصدر القاضي قراره بالتصرف في التحقيق- إما بإحالة الدعوى إلى المحكمة، او بالأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى-او يقرر بأمر مسبب الاستمرار في مباشرة إجراءات التحقيق. وفي هذه الحالة يكون من حق "المدعي بالحق المدني او الشخص محل الفحص" ان يعرض الأمر على رئيس غرفة التحقيق خلال الأيام الخمس التي تلي إعلانه بقرار قاضي التحقيق. وطبقا للمادة ٢٠٧-١ا.ج. ف، فإن لرئيس غرفة التحقيق ان يقرر خلال ثمانية ايام من تاريخ تسلمه الأوراق، ما إذا كان هناك محلاً لعرض الموضوع على غرفة التحقيق أم لا. ويكون قراره في هذا الشأن غير قابل للطعن".

"وإذا عُرض الأمر على غرفة التحقيق؛ فإنه يجوز لها أن تقرر إحالة الدعوى إلى المحكمة[1] أو ان تقرر عدم وجود وجه لإقامة الدعوى، أو إعادة الأوراق إلى قاضي التحقيق عينه، أو لقاضي تحقيق آخر.وإذا قرر رئيس غرفة التحقيق عدم الحاجة لعرض الأمر على غرفة التحقيق. فإن له أن يأمر - بقرار مسبب- إعادة الأوراق إلى قاضي التحقيق للاستمرار في مباشرة الإجراءات. وفي حالة اتخاذه هذا القرار، فإنه يمكن تقديم طلب جديد لإنهاء إجراءات التحقيق. بعد انقضاء ستة أشهر"[2].

وإذا كان هذا ما يتعلق بالمدة المتوقع أن تنجز فيها التحقيقات في مواد الجنح

=statué dans le délai d'un mois, la personne mise en examen, le témoin assisté ou la partie civile peut saisir le président de la chambre de l'instruction en application de l'article 207-1. Cette saisine doit intervenir dans les cinq jours qui suivent la notification de la décision du juge ou l'expiration du délai d'un mois.
Lorsque le juge d'instruction a déclaré qu'il poursuivait son instruction, une nouvelle demande peut être formée à l'expiration d'un délai de six mois.
Les dispositions du présent article ne sont pas applicables après l'envoi de l'avis prévu au premier alinéa de l'article 175.

(1) وإن كان بعض الفقه الفرنسي يرى ان غرفة التحقيق قلما تفعل ذلك. انظر في هذا الصدد الدكتور شريف سيد كامل: " الحق في سرعة الإجراءات الجنائية" ، دار النهضة العربية، ط١ ٢٠٠٤، ص٦٦ والمرجع: Jean pradel - " Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000, Evolution ou révolution?, D. 2001, chronique pp.1121et 1122.

(2) Claude ARRIGHI: "De La Chambre d'accusation a la chambre de L'instruction ", Rev.Pénit.droit pénal", N°1 AVRIL 2001, p.145.

دون السنة، وفي الجنايات تكون اقل من ثمانية عشر شهراً ، فإن التساؤل الذي قد يثار هو ما يكون عليه الحال لو ان قاضي التحقيق توقع أن تنتهي إجراءات التحقيق الابتدائي في اكثر من سنة للجنح، واكثر من ثمانية عشر شهراً في الجنايات؟

وفي الواقع إن المشرع الفرنسي قد نص في الفقرة السادسة من المادة ١١٦[١] والفقرة الأخيرة من المادة ١٧٥-١، بأنه يجب على قاضي التحقيق، أن يخطر "المدعي بالحق المدني، أو الشخص محل الفحص " المتهم" - بحسب الأحوال- "، بأن له الحق بعد انقضاء مدة سنة، أو سنة ونصف -بحسب نوع الواقعة. وما إذا كانت جنحة، او جناية-ان يطلب إنها الإجراءات وفقا للمادة ١٧٥-١ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي"[٢].

ويرى جانب من الفقه[٣]. ان هذه النصوص الجديدة، من شأنها ان تلزم قاضي التحقيق بسرعة إنهاء إجراءات التحقيق. وتدعم حق الإنسان في المحاكمة العادلة.

ومن التشريعات التي تحدد مدة يستوجب إنهاء التحقيق الجنائي خلالها قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي، حيث نصت المادة ٤٠٥ بند٢ . فيما يتعلق بإنهاء التحريات الابتدائية[٤]. بأنه تطلب النيابة العامة الإحالة إلى المحكمة خلال ستة اشهر من تاريخ كتابة اسم الشخص الذي نسبت إليه الجريمة في السجل الخاص بالبلاغ عن الجريمة.

---

(١) انظر نص المادة ١١٦ سبق الإشارة إليها

" ...... S'il estime que le délai prévisible d'achèvement de l'information est inférieur à un an en matière correctionnelle ou à dix-huit mois en matière criminelle, le juge d'instruction donne connaissance de ce délai prévisible à la personne et l'avise qu'à l'expiration dudit délai, elle pourra demander la clôture de la procédure en application des dispositions de l'article 175-1. Dans le cas contraire, il indique à la personne qu'elle pourra demander, en application de ce même article, la clôture de la procédure à l'expiration d'un délai d'un an en matière correctionnelle ou de dix-huit mois en

(٢)Jean PRADEL:" La durée des procédures" ,op.Cit. p.154. Claude ARRIGHI:"de la chambre d'accusation a la chambre de L'instruction", R.Pénit.D.P.,N°1,Avril, p.144.

(٣)Cyrille CHARBONNEAU:" La loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence" : Première approche, Gaz. Pal. 21-22 juin 2000, Doctrine, p. 16.

(٤) ومرحلة التحريات الابتدائية هي المرحلة السابقة على المحكمة في القانون الإيطالي -وفقا للنظام الاتهامي- ويقوم بهذه المرحلة وفقا لنص المادة ٣٢٦ النيابة العامة والشرطة القضائية كل في حدود اختصاصه ويشرف على هذه المرحلة قاضي التحريات الابتدائية. انظر تفصيلاً، " قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي" رقم ٤٤٧ الصادر في عام ١٩٨٨.ترجمة الدكتور محمد إبراهيم زيد و الدكتور عبد الفتاح مصطفى الصيفي ص٣٦ وما بعدها.

ويجوز في حالات استثنائية، مد هذه المدة بمعرفة القاضي، بحيث لا تتجاوز كل مدة عن ستة أشهر (م٤٠٦)، ويمكن ان يصل هذا المد كأقصى مدة إلى سنتين (م ٤٠٧).

وفي القانون الفيدرالي الأمريكي، بشأن المحاكمة السريعة الصادر سنة ١٩٧٤، نص على وجوب إحالة المتهم إلى المحكمة قبل مضي مائة يوم من تاريخ القبض على المتهم[1].

ونخلص مما سبق إلى أن سرعة إجراءات التحقيق الجنائي، أو المدة المعقولة لإنهاء إجراءات التحقيق الابتدائي كفلتها الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان في المادة السادسة فقرة أولى، عندما اكدت على حق المتهم في أن يحاكم خلال فترة معقولة. وقد اعاد المشرع الفرنسي النص على إنهاء إجراءات التحقيق خلال مدة معقولة ووضع المشرع الفرنسي مدة زمنية معقولة لإنهاء إجراءات التحقيق الابتدائي.

ولا شك ان مثل هذا الضمان من شأنه أن يحفز جهة التحقيق الابتدائي في سرعة إنهاء الإجراءات، وبالتالي يحمي الحق في أصل البراءة .

و يتفق هذا الضمان مع مقاصد التشريع الإسلامي ،كونه يؤدي إلى درء مفسدة راجحة.

ونرى انه من الحكمة أن ينص المشرع المصري وكذا اليمني صراحة على هذا الحق في التشريع الإجرائي.

المطلب الثاني

وسائل إنهاء إجراءات التحقيق الابتدائي لحماية أصل البراءة

تتنوع الوسائل التي تضمن إنهاء إجراءات التحقيق الجنائي، ونتناول فيما يلي اهم صور هذا الإنهاء. وهما: الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى، والأمر بحفظ الدعوى. وذلك على النحو التالي:

أولاً :الأمر بان لا وجه لإقامة الدعوى الجنائية:

من التطبيقات التي تحمي اصل البراءة في مرحلة التحقيق الابتدائي، صدور أمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى، إذا لم يوجد وجه لمواصلة السير فيها، ذلك أن أصل البراءة

---

(1) الدكتور احمد عوض بلال، " التطبيقات المعاصرة للنظام الاتهامي في القانون الأنجلوامريكي"مرجع سابق ، ص١٤٤.

يفرض على جهة التحقيق الابتدائي الا تسير في الدعوى الجنائية إلى ما لا نهاية، وإنما توقف السير فيها، إذا لم يوجد وجه لإقامة الدعوى الجنائية ضد المتهم، وإلا تكون بذلك قد اخلت بالتوازن المطلوب بين حماية الحقوق والحريات، وغيرها من الحقوق وبين مقتضيات تحقيق فاعلية العدالة التي تتطلب كشف الحقيقة بشأن الجريمة التي ارتكبت.

ومن المعلوم، أن الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجنائية، هو امر مكتوب يصدر عن سلطة التحقيق الابتدائي - سواء اكانت النيابة العامة، ام قاضي التحقيق- لوضع نهاية لمرحلة التحقيق الابتدائي[1]، إذا ما رجح لها البراءة، أو بمعنى ادق إذا لم ترجح

([1]) يجد الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى سنده القانوني في العديد من التشريعات الإجرائية فعلى سبيل المثال ينص قانون الإجراءات الجنائية المصري في المادة مادة "١٥٤" (معدلة بالقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٢) بأنه " إذا رأى قاضي التحقيق أن الواقعة لا يعاقب عليها القانون أو أن الأدلة غير كافية ، يصدر أمرا بأن لا وجه لإقامة الدعوى. ويفرج عن المتهم بالمحبوس إن لم يكن محبوسا لسبب آخر. ويجب أن يشمل الأمر على الأسباب التي بنى عليها. ويعلن الأمر للمدعى بالحقوق المدنية، وإذا كان قد توفى يكون الإعلان لورثته جملة في محل إقامته.. كما تنص المادة " مادة ٢٠٩" (معدلة بالقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٢ ثم بالقانون رقم ١٧٠ لسنة ١٩٨١) بأنه " إذا رأت النيابة العامة بعد التحقيق أنه لا وجه لإقامة الدعوى تصدر أمرا بذلك وتأمر بالإفراج عن المتهم المحبوس ما لم يكن محبوسا لسبب آخر ولا يكون صدور الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى في الجنايات إلا من المحامي العام أو من يقوم مقامه. ويجب أن يشمل الأمر على الأسباب التي بنى عليها ويعلن الأمر للمدعى بالحقوق المدنية وإذا كان قد توفى يكون الإعلان لورثته جملة في محل إقامته.

وبالنسبة للتشريع الإجرائي اليمني تنص المادة (٢١٨) ا. ج. ي. بأنه " إذا تبين للنيابة العامة بعد التحقيق أن الواقعة لا يعاقب عليها القانون أو لا صحة لها تصدر قراراً مسبباً بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية نهائيا. وإذا تبين أن مرتكب الجريمة غير معروف أو أن الأدلة ضد المتهم غير كافية تصدر قراراً مسبباً بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية مؤقتا.

ويفرج عن المتهم المحبوس إن لم يكن محبوسا لسبب آخر. ويعلن الخصوم بقرار النيابة العامة في الحالتين وإذا كان أحدهم قد توفى يكون الإعلان لورثته جملة في محل إقامته.

وتنص المادة (١٧٧) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي بأنه " إذا قدر قاضي التحقيق أن الواقعة لا تشكل جناية ، ولا جنحة، ولا مخالفة، أو إذا كان الفاعل مجهولاً، أو إذا لم تكن أدلة الاتهام كافية ضد الشخص الموضوع تحت الفحص (المتهم) فإنه يصدر قرار ، بأن لا وجه لإقامة الدعوى.

و يصدر قرارا مسببا بأن لا وجه للدعوى في حالة توافر أسباب عدم المسئولية الجنائية المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة ١٢٢-١، والمواد ١٢٢-٢، ١٢٢-٣، ١٢٢-٤، ١٢٢-٥ و١٢٢-٧ من قانون العقوبات أو بموت الشخص الموضوع تحت الفحص ، وعلى قاضي التحقيق أن يحدد بوضوح ما إذا كانت هناك أدلة كافية تؤكد بأن الموضوعين للفحص قد ارتكبو الوقائع محل المؤاخذة .

الأشخاص الموضوعين تحت الفحص (المتهمين) الذين قيدت حرياتهم وحبسوا احتياطيا والقرار بالا وجه في النهاية يخضع للإشراف القضائي.

Article 177: du Code de procédure pénale: (Loi n° 85-1407 du 30 décembre 1985 art. 5, 87 et 94 Journal Officiel du 31 décembre 1985 en vigueur le 1er février 1986) (Loi n° 87-962 du 30 novembre 1987 art. 11 Journal Officiel du 1er décembre 1987) (Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 43 Journal Officiel du 5 janvier 1993 en vigueur le 1er mars 1993) (Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 art. 15 Journal Officiel du 25 août 1993 en vigueur le 2 septembre 1993) (Loi n° 2000-516 du 15=

ادلة الإدانة، ويصدر الأمر بأن لا وجه عندما يثبت لجهة التحقيق عدم توافر سبب من الأسباب المبررة له[1]، فعندئذ يقتضي منها البت في رفع صفة الاتهام عن المتهم والعودة به إلى اصل البراءة، ولذلك فإن الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى يكتسب قيمة دستورية باعتباره نتيجة لأصل البراءة.

وتتعدد الأسباب التي يستند عليها الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى. وبوجه عام يمكن القول بأن الأسباب التي يبنى عليها الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى، هي ذات الأسباب التي تمنع من الحكم بالإدانة، وهي كما قسمها رجال الفقه، إلى اسباب قانونية، واخرى موضوعية، فمن امثلة الأسباب القانونية، أن تكون الواقعة غير معاقب عليها او ان يتوافر سبب من اسباب الإباحة، او موانع المسئولية، أو موانع العقاب او توفر سبب من أسباب انقضاء الدعوى بوفاة المتهم، ومن أمثلة الأسباب الموضوعية عدم كفاية الأدلة المنسوبة للمتهم، أو عدم صحة الواقعة، او لعدم اهمية الواقعة، او لعدم معرفة الفاعل[2].

=juin 2000 art. 83 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001) (Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 art. 122 Journal Officiel du 10 mars 2004 en vigueur le 1er octobre 2004) " Si le juge d'instruction estime que les faits ne constituent ni crime, ni délit, ni contravention, ou si l'auteur est resté inconnu, ou s'il n'existe pas de charges suffisantes contre la personne mise en examen, il déclare, par une ordonnance, qu'il n'y a lieu à suivre.

Lorsque l'ordonnance de non-lieu est motivée par l'existence de l'une des causes d'irresponsabilité pénale prévue par le premier alinéa de l'article 122-1, les articles 122-2, 122-3, 122-4, 122-5 et 122-7 du code pénal ou par le décès de la personne mise en examen, elle précise s'il existe des charges suffisantes établissant que l'intéressé a commis les faits qui lui sont reprochés.

Les personnes mises en examen qui sont provisoirement détenues sont mises en liberté. L'ordonnance met fin au contrôle judiciaire.

Le juge d'instruction statue par la même ordonnance sur la restitution des objets placés sous main de justice. Il peut refuser la restitution lorsque celle-ci présente un danger pour les personnes ou les biens. La décision relative à la restitution peut être déférée, par tout personne qui y a intérêt, à la chambre de l'instruction dans les conditions et selon les modalités prévues par l'article 99.

(1) انظر: استاذنا الدكتور محمد أبو العلا عقيدة : " شرح قانون الإجراءات الجنائية" ، مرجع سابق ، ص٤٩٤ وما بعدها . الدكتور نظام توفيق المجالي: " القرار بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجنائية- دراسة مقارنة- "، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس،١٩٨٦، ص١٦. الدكتور محمود عبد ربه محمد القبلاوي: " الأمر بان لا وجه لإقامه الدعوى الجنائية"، دار الفكر الجامعي -الإسكندرية- ٢٠٠٥، ص ٣وما بعدها.

(2) الدكتورة فوزية عبد الستار: " شرح قانون الإجراءات الجنائية" ، مرجع سابق ، ص٣٨٢. استاذنا الدكتور محمد أبو العلا عقيدة :" شرح قانون الإجراءات الجنائية"، مرجع سابق ، ص٤٩٤، ٤٩٥. الدكتور عبد الرءوف مهدي . " شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية" ، مرجع سابق ، ص٥٤٨. الدكتور عوض محمد عوض : " المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية"، منشأة المعارف بالإسكندريه : ط٢٠٠٢ ، ص ٤٦٥، ٤٦٦.

ويفرض اصل البراءة على جهة التحقيق، بعد ان تصدر امراً بأن لا وجه لإقامة الدعوى، ان تمتنع عن الرجوع فيه، و تعود لمباشرة التحقيق -طالما بقي الأمر بأن لا وجه قائما ولم يلغ- والقول بغير ذلك معناه إهدار الشرعية الدستورية في الإجراءات الجنائية التي تقوم على اساس التوازن بين الحقوق والحريات، والمصلحة العامة، وهو توازن يعتمد- كما قلنا في غير مرة- على أن الأصل في المتهم البراءة . وطالما ترجح لسلطة التحقيق عدم الإدانة، فإن أصل البراءة يفرض عليها عدم العودة للتحقيق من جديد في ذات الواقعة التي صدر فيها الأمر إلا بشروط معينة[1].

وأيضاً يفرض عليها بعد ان تصدر الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى، ان تفرج فوراً عن المتهم المحبوس مؤقتا، ما لم يكن هناك سبب قانوني آخر يبرر حبسه[2]. وهذا الإفراج وجوبي، وليس جوازي بمعنى أنه يتم بقوة القانون، دون ان يكون لسلطة التحقيق الابتدائي الخيار في تقرير هذا الإفراج، أو عدم تقريره.

ومما ذكرناه سابقاً[3] انه يترتب على صدور قرار بأن لا وجه لإقامة الدعوى استحقاق المتهم للتعويض عن الأضرار التي لحقته جراء حبسه احتياطياً.

ثانيا : الأمر بحفظ الدعوى وأثره في حماية أصل البراءة:

يعد الأمر بحفظ الدعوى من السلطات المخولة للنيابة العامة، بناء على اعتبارات الملاءمة التي تحول دون عرض الدعوى أمام قضاء الحكم، وذلك في القضايا الجنائية البسيطة[4]. إذا رات ان عدم السير في الدعوى اكثر تحقيقاً للمصالح المختلفة من السير فيها.

وقد كفل التشريع الإجرائي اليمني - وكذلك التشريع المصري-[5] هذا الإجراء

---

(1) من المعلوم أن الأمر الصادر بأن لا وجه لإقامة الدعوى لا يعني أنه أمر حاسم في الموضوع بحيث لا يمكن إلغاءه والعودة للتحقيق، بل يجوز الرجوع عنه إذا توافرت شروط وضوابط قانونية. وهناك حالات حددها المشرع المصري واليمني والفرنسي للإلغاء الأمر الصادر بأن لا وجه للدعوى وتأتي في مقدمتها ظهور دلائل جديدة تقوي الدليل الموجود، ويكون منصبا في موضوع الدعوى بحيث لو عرض على المحقق قبل إصدار الأمر بالا وجه لإقامة الدعوى من شانه ان يمتنع عن إصداره وذلك قبل انقضاء مدة التقادم. انظر تفصيلا الدكتور عبد الرءوف مهدي : " شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية" ، مرجع سابق ، ص٥٥٦ وما بعدها. الدكتور عوض محمد عوض : " المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية". منشاة المعارف بالإسكندرية ، ط٢٠٠٢ ، ص ٤٤٧٢ وما بعدها.

(2) انظر في ذلك نص المادة ١٥٤، ٢٠٩ أ.ج . مصري، وكذلك نص المادة ٢١٨ أ.ج. يمني

(3) انظر ما سبق في الفصل الثاني من الباب الثاني، ص ٣١٩ وما بعدها.

(4) انظر : الدكتور شريف سيد كامل: " الحق في سرعة الإجراءات الجنائية "، مرجع سابق ، ص٨٦. الدكتور محمد سيف النصر عبد المنعم: " بدائل العقوبة السالبة للحرية في التشريعات الجنائية الحديثة". دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤، ص٢٦٩.

(5) انظر : نص المادة ٦١ من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

حيث نصت المادة ١١٢ من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، بأنه " إذا رات النيابة العامة ان لا مجال للسير في الدعوى، تصدر امراً مسبباً بحفظ الأوراق مؤقتاً...".

والواقع ان الأمر بالحفظ يختلف عن الأمر الصادر بأن لا وجه لإقامة الدعوى حيث من المقرر أن الأمر الصادر من النيابة العامة بالحفظ ، هو إجراء يتم في مرحلة الاستدلالات، وبالتالي هو ذو طبيعة إدارية صادر عن النيابة العامة بوصفها السلطة الإدارية التي تهيمن على جمع الاستدلالات[1] .بينما الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الصادر من النيابة العامة بوصفها سلطة تحقيق، وبعد أن تجري تحقيق في الواقعة بذاتها[2] .

ويجنب هذا الأمر المتهم احتمالات صدور حكم ضده بعقوبة سالبة للحرية.وليس من شك ان هذا الأمر من شانه أن يدعم حماية أصل البراءة.

وإذا كانت الوسيلتين السابقتين من أهم وسائل إنها إجراءات التحقيق الابتدائي، فإنه يتبادر إلى الأذهان إمكانية إنهاء الدعوى الجنائية عن طريق الصلح أو التصالح أو الأمر الجنائي، وهو ما يعني توقيع عقوبة على المتهم بغير حكم صادر من قضاة الحكم مما يخالف أصل البراءة الذي لا ينقضه سوى الحكم الصادر بالإدانة. ومن هنا يثار التساؤل عن مدى شرعية الأنظمة التي تنهي الدعوى الجنائية بمعاقبة المتهم دون محاكمة خروجاً على الشرعية الإجرائية التي تقضي بأن لا عقوبة ولا جريمة إلا بنص. وهذا ما سنتعرض له في المبحث التالي لخطورة ذلك على أصل البراءة.

المبحث الثالث

الأنظمة البديلة لإنهاء الدعوى الجنائية و تأثيرها على أصل البراءة

تمهيد وتقسيم :

اجازت بعض التشريعات الخروج على مبدأ " لا عقاب بدون محاكمة" الذي يعد الركيزة الأساسية لحماية أصل البراءة؛لاعتبارات عملية، فخولت النيابة العامة سلطة إنهاء الدعوى الجنائية بغير محاكمة، إما عبر الصلح " الوساطة"، أو التصالح " التسوية "، او بإصدار الأمر الجنائي في حدود معينة، وذلك بالنسبة لأنماط معينة من الجرائم، وهي المخالفات والجنح البسيطة التي لا يكون الحكم فيها بغير الغرامة، وهو ما

---

(١) انظر في ذلك حكم محكمة النقض المصرية نقض ٢٤ مايو سنة ١٩٩٣ ، مجموعة أحكام محكمة النقض، س٤٤ رقم ٧٦ ص٥٣١.

(٢) الدكتور شريف سيد كامل: " الحق في سرعة الإجراءات الجنائية "، المرجع السابق ، ص ٨٧.

يطلق عليه بنظام " الإجراءات الموجزة لإنهاء الدعوى الجنائية "[1].

والسؤال الذي يفرض ذاته في هذا الصدد هو عن اثر هذه الأنظمة على اصل البراءة ومدى اتفاقها، او تعارضها مع حماية هذا المبدا.

وللإجابة عن هذا التساؤل، يقتضي منا المقام ان نناقش هذه الأنظمة واثرها على اصل البراءة.ونسجل ابتداءً ان هذه الوسائل تثير قضية فلسفة أصل البراءة وما إذا كان يجوز للمتهم التخلي عنه لمصلحة يقدر انها اولى له، ام انه من المبادئ التي لا يجوز له التنازل عنها باعتباره من النظام العام الذي لا يقبل التنازل عنه. ومن جانب آخر تعكس هذه الوسائل قضية محل خلاف بين الفقه وفرضتها السياسة الجنائية المعاصرة. وهي قضية الرضائية في إنهاء الدعوى الجنائية خروجاً عن المسار التقليدي الذي يقتضي ان لا تخرج الدعوى الجنائية بحكم عقابي إلا بموجب حكم صادر عن قضاة الحكم " وهو موضع خلاف لن نخوض فيه حتى لا نخرج عن حدود موضوعنا.

وسوف نتناول هذا المبحث من خلال ثلاثة مطالب: نتناول في مطلب اول اثر الصلح " الوساطة " على أصل البراءة. وفي للمطلب الثاني نتناول أثر التصالح " التسوية " على أصل البراءة. وفي المطلب الثالث والأخير نتناول نظام الأمر الجنائي واثره على اصل البراءة.وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

نظام الصلح وأثره على أصل البراءة

أولاً: موقف التشريعات من نظام الصلح الجنائي:

من الأنظمة الموجزة لإنهاء الدعوى الجنائية نظام الصلح او" الوساطة الجنائية La médiation pénale. ويسمى ايضاً التوفيق التصالحي او التوفيق للإصلاح ويقصد بهذا النظام العمل عن طريق تدخل شخص من الغير (الوسيط)، للوصول إلى حل النزاع الناشئ عن جريمة، يتم التفاوض بشأنها بحرية بين الأطراف المعنية،

---

(1) انظر : استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور، " القانون الجنائي الدستوري" ، مرجع سابق، ص ٥١٥ وما بعدها . الدكتور محمد عيد الغريب، " المركز القانوني للنيابة العامة دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ١٩٧٩، ص ٥٣٩. ولنفس المؤلف : " النظام العام في قانون الإجراءات الجنائية " ، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص٤٨٠. الدكتور محمد سيف النصر عبد المنعم : " بدائل العقوبة السالبة للحرية في التشريعات الجنائية الحديثة" . دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤، ص٣٧٩.

والذي كان يقتضي فصله عبر محكمة جنائية مختصة وهي غالباً من الجرائم البسيطة[1].

وهذا النظام -كما عبر عنه جانب من جال الفقه-[2] هو عبارة عن توفيق تقوم به النيابة العامة بين مرتكب الجريمة والمجني عليه ينجم عنه صلح بينهما، وليس تصالحاً مع النيابة العامة وهذا هو ما يميز هذا النظام عن نظام التسوية الجنائية أو التصالح العقابي الذي تكون النيابة العامة.

ويذهب رجال الفقه[3] أن هذا النظام قد طبق ابتداءاً في قوانين الدول الأنجلوسكسونية، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، وكندا، وانجلترا، بهدف تخفيف العبء عن محاكم الجنح.

وفي فرنسا طبق نظام الوساطة الجنائية منذ مطلع الثمانينيات من القرن الماضي، وضمنه المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي. في الفقرة الأخيرة من المادة ٤١ من قانون الإجراءات الجنائية، بموجب قانون ٤ يناير ١٩٩٣ [4]، ثم عدلت في قانون ٢٣ يونيه ١٩٩٩ . دون المساس بأحكامه[5].وقد الغاه المشرع في القانون

---

(1)Christine LAZERGES:" Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle", R.S.C. 1997, p.186.

وانظر: الدكتور محمد سامي الشوا:" الوساطة والعدالة الجنائية"دار النهضة العربية،١٩٩٧،ص٩ وما بعدها. الدكتور شريف سيد كامل: " الحق في سرعة الإجراءات الجنائية " ٢٠٠٤ ، مرجع سابق ، ص ١٣١و ١٣٢.الدكتور أسامة حسنين عبيد: " الصلح في قانون الإجراءات الجنائية - ماهيته والنظم المرتبطة به-" ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٥، ص ٦٢ وما بعدها.

(2) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور:" القانون الجنائي الدستوري" ، مرجع سابق، ص ٥٢٤.

(3)Voir: Jocelyne LEBLOIS-HAPPE: " La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance: état des lieux et perspectives", R.S.C.1994. p. 525 aussi: Marie-Clet DESDEVISES :" L'évaluation des expériences de médiation entre délinquants et victimes: l'exemple britannique", R.S.C. 1993, p. 45 et s.

وانظر ايضا: استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور:" القانون الجنائي الدستوري" ، مرجع سابق، ص ٥٢٢. الدكتور شريف سيد كامل: " الحق في سرعة الإجراءات الجنائية "، مرجع سابق، ص ١٣٢ وما بعدها.الدكتور مدحت عبد الحليم رمضان " الإجراءات الموجزة لإنهاء الدعوى الجنائية"، مرجع سابق، ص٢٢وما بعدها.

(4) وقد الغيت هذه الفقرة بموجب قانون ٢٠٠٠ .وكان النص يقضي بانه " يمكن لنائب الجمهورية قبل اتخاذ قراره بشان الدعوى الجنائية ، وبموافقة الأطراف ان يقرر إجراء الوساطة إذا تبين له أن مثل هذا الإجراء يمكن ان يضمن تعويض الضرر الذي أصاب المجني عليه ، وأن ينهي الاضطراب الناجم عن الجريمة، ويساهم في إعادة تاهيل الجاني" انظر : Jocelyne LEBLOIS-HAPPE: " ibid. p. 526

(5)Voir:Gaston STEFANI,Georges LEVASSEUR et Bernard BOULOC :procédure pénale, 18e édition,Dalloz. 2001,N°565, p528.

رقم ٥١٦ في ١٥ يونيه ٢٠٠٠. ثم اعاده مجدداً بعد إدخال تعديلات عليه، وذلك في المادة ٤١-١ من قانون الإجراءات الجنائية بموجب قانون رقم ٢٠٤ في ٩ مارس ٢٠٠٤، بشان العمل على ملاءمة العدالة لتطورات الظاهرة الإجرامية[1].

وفي مصر نصت المادة ١٨ مكرر (ا) على ان " للمجني عليه او وكيله الخاص في الجنح المنصوص عليها في المواد ٢٤١ (فقرتان اولى وثانية) . ٢٤٢ (فقرات أولى وثانية وثالثة)، ٢٤٤ (فقرة اولى) . ٢٦٥ . ٣٢١مكرر . ٣٢٣، ٣٢٣مكرر، ٣٢٣ مكرر اولاً، ٣٢٤ مكرر ، ٣٤١ ،٣٤٢، ٣٥٤، ٣٥٨، ٣٦٠،٣٦١ (فقرتان اولى وثانية) . ٣٦٩ من قانون العقوبات وفي

[1]Article 41-1 (Loi n° 85-1407 du 30 décembre 1985 art. 2 et 94 Journal Officiel du 31 décembre 1985 en vigueur le 1er février 1986)(Loi n° 87-962 du 30 novembre 1987 art. 10 Journal Officiel du 1er décembre 1987)(Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 art. 1 Journal Officiel du 24 juin 1999)(Loi n° 2003-495 du 12 juin 2003 art. 6 IX Journal Officiel du 13 juin 2003)(Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 art. 69, art. 70 Journal Officiel du 10 mars 2004) :" S'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits, le procureur de la République peut, préalablement à sa décision sur l'action publique, directement ou par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire, d'un délégué ou d'un médiateur du procureur de la République :
1° Procéder au rappel auprès de l'auteur des faits des obligations résultant de la loi ;
2° Orienter l'auteur des faits vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle ; cette mesure peut consister dans l'accomplissement par l'auteur des faits, à ses frais, d'un stage ou d'une formation dans un service ou un organisme sanitaire, social ou professionnel, et notamment d'un stage de citoyenneté en cas d'infraction commise à l'occasion de la conduite d'un véhicule terrestre à moteur, cette mesure peut consister dans l'accomplissement, par l'auteur des faits, à ses frais, d'un stage de sensibilisation à la sécurité routière ;
3° Demander à l'auteur des faits de régulariser sa situation au regard de la loi ou des règlements ;
4° Demander à l'auteur des faits de réparer le dommage résultant de ceux-ci ;
5° Faire procéder, avec l'accord des parties, à une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime.
La procédure prévue au présent article suspend la prescription de l'action publique. En cas de réussite de la médiation, le procureur de la République ou le médiateur du procureur de la République en dresse procès-verbal, qui est signé par lui-même et par les parties, et dont une copie leur est remise ; si l'auteur des faits s'est engagé à verser des dommages et intérêts à la victime, celle-ci peut, au vu de ce procès-verbal, en demander le recouvrement suivant la procédure d'injonction de payer, conformément aux règles prévues par le nouveau code de procédure civile.
En cas de non-exécution de la mesure en raison du comportement de l'auteur des faits, le procureur de la République, sauf élément nouveau, met en oeuvre une composition pénale ou engage des poursuites".

الأحوال الأخرى التي ينص عليها القانون ان يطلب من النيابة العامة او المحكمة بحسب الأحوال إثبات صلحه مع المتهم".

ولا يوجد في القانون اليمني نصاً كما هو في التشريع المصري على نحو ما سبق، وإنما اجاز المشرع اليمني للنيابة العامة القيام بإجراء تصالح في الجرائم المعاقب عليها بالغرامة على ما سنذكره في التصالح لاحقاً.

ثانياً : موقف الفقه من نظام الصلح الجنائي وأثره على أصل البراءة:

يرى جانب من الفقه الفرنسي[1]، ان هذا النظام مهم من الناحية العملية، فهو يحقق السرعة في الإجراءات، حيث يمكن من خلال هذا النظام، حل النزاع، وتعويض الضرر الناشئ عن الجريمة في بضعة اسابيع، بدلاً من الانتظار بضعة اشهر، او قد يصل احياناً لسنوات. ويرى انصار الراي القائل بأهمية الصلح أن المتهم لا يستفيد من قرينة (أصل) البراءة غير أن هذا المبدا لا يختفي نهائياً في حالة الصلح، وإنما يتضاءل نسبياً او ينحسر نطاقه مراعاة لجانب التبسيط في الإجراءات، وليس نظام الصلح هو الوحيد الذي حد من أصل البراءة-وفقاً لهذا الراي- بل هناك حالات خرج فيها المشرع عن مقتضى هذا المبدا، عندما انشاء قرائن في حق المتهم تفترض فيه المسئولية الجنائية - على ما سنوضحه لاحقاً- وهو ما يتعارض مع أصل البراءة.

ويرى جانب من الفقه[2] أن نظام الصلح او التوفيق التصالحي هو أقرب إلى تحقيق العدالة الجنائية -من خلال التعويض حماية لحقوق الأفراد- منه إلى العقوبة، وان مبدا الاتفاق العادل أو " العدالة المتفق عليها" افضل من خصومة عادلة أو " العدالة الملزمة".

وذهب البعض إلى أنه لو عرضت نصوص الوساطة على المجلس الدستوري الفرنسي، فإنه سيقرر عدم دستوريتها، لعدم توافر ذات الضمانات وهي " الفصل بين السلطات وأصل البراءة"[3].

---

(1)Voir: Jocelyne LEBLOIS-HAPPE: " ibid. p.529.

وانظر تفصيلاً : الدكتور اسامة حسنين عبيد ، " الصلح في قانون الإجراءات الجنائية - ماهيته والنظم المرتبطة به-" ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٥، ص ١٥١ وما بعدها.

(2)استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور، " القانون الجنائي الدستوري" ، مرجع سابق، ص ٥٢١.

(3)Christine LAZERGES:" Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle, R.S.C. 1997, p.193.

ويتوجس بعض الفقه خشية من ان يكون قبول المتهم للوساطة مبنياً على خوفه من تحريك الدعوى الجنائية ضده، وبالتالي سيكون وضعه اشبه ما يكون بعقود الإذعان، وعلاوة على ذلك، فإن المتهم قد يكون مفتقداً للخبرة اللازمة عندما يتخذ قرار بالموافقة على الوساطة، كما هو شأن الموافقة التي تصدر عن الشخص الحدث. بالإضافة إلى ذلك -وهو الأهم- عدم كفالة الحق في طلب الاستعانة بمحام عند عرض الوساطة[1].

ويمكن القول: إن هذا النظام يضع حلاً للقضايا الجنائية ذات الطابع البسيط والتي لا تتعدى فيها العقوبة الغرامة. ويفيد هذا النظام في تجنيب المتهم والمجني عليه عناء المخاصمة الجنائية عبر المحاكم والتي قد تأخذ بضعة اشهر، او قد تصل لسنوات في بعض الأحيان. خصوصاً في حالة تكدس القضايا بسبب عدم التناسب بين عدد القضايا المعروضة على المحاكم، وعدد القضاة الذين يفصلون في القضايا. وهذا النظام يحقق السرعة في الفصل في الدعوى ويتمشى مع السياسة الجنائية المعاصرة.

ولكن هل بالإمكان تجاوز التعارض بين هذا النظام واصل البراءة، ام ان اصل البراءة مبدا لا يجوز التنازل عنه من قبل المتهم وبالتالي لا يجوز معاقبة المتهم بغير سلوك طريق القضاء وصدور حكم قضائي يقضي بإدانته ومعاقبته.

وما نراه ان أصل البراءة وإن كان من المبادئ الهامة التي تكفل للمتهم عدم معاقبته بغير حكم قضائي صادر بالإدانة. فإن نظام الصلح لا يخل بأصل البراءة متى كانت الضمانات التي تحمي هذا الأصل متوافرة. فإذا كانت من مصلحة المتهم اللجوء إلى الصلح مع المجني عليه وتأكدت رغبته في ذلك، واعترف بالذنب عن طواعية واختيار دون وجود شبهة الضغط عليه، فليس هناك ما يمنع من الأخذ بهذا النظام الذي يوفر الجهد والمال والوقت، ويحقق الفائدة للطرفين (المتهم والمجني عليه) ويؤدي إلى إزالة التوترات بين طرفي الرابطة الإجرائية، وهو بالتالي نوع من العدالة

---

(1) انظر: الدكتور مدحت عبد الحليم رمضان " الإجراءات الموجزة.."، مرجع سابق، ص ٤١ والمرجع المشار إليه في الهامش رقم ٥٨.

Robert CARIO:"Potentialités et Ambiguïté de La médiation pénale entre répression et réparation", (sous la direction).L'Harmattan, Paris, 1997.p.11-33.

الرضائية التي تتفق مع مقاصد التشريع الإسلامي الذي كان له قصب السبق في وضع اسس الصلح والتصالح ووضع الضمانات التي تحقق العدل والإنصاف بين المتخاصمين، وإزالة الخلاف بينهم بالطرق الودية، فالصلح بوجه عام جائز بين الناس مادام في حدود العدل والإنصاف. لقول الله-سبحانه وتعالى- في كتابه الحكيم: ﴿ وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِن فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾[1]، وفي الآية التالية. قال تعالى: ﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ ﴾[2]. وهاتان الآيتان العظيمتان تحثان على الصلح والتصالح بين الناس، حتى في مجال الجرائم، ودفعهم إلى ذلك.وقد جاء في هاتين الآيتين اهم الضمانات. وهي" العدل والإنصاف واستحضار الرقابة الإلهية، قبل الرقابة البشرية".

ولا يمنع ان ينتج عن الصلح بين الخصوم فرض غرامة على المتهم فذلك نوع من التعويض للمجني عليه جبراً للضرر الذي اصابه. وبالتالي لا نرى مانعاً من سلوك طريق الصلح بين المتخاصمين خصوصاً ان الصلح هنا بين المتهم والمجني عليه.

ومن الجدير بالذكر ان نطاق الصلح في التشريع الإسلامي قاصر على الجرائم التي هي حق للعبد وهي جرائم القصاص والجراحات وجرائم التعازير، أم جرائم الحدود فلا يجوز فيها الصلح لأنها حق لله ولا يجوز لولي الأمر إسقاطها أو التصالح فيها إذا وصلت إليه[3].

ولا ريب ان ما وضعه التشريع الإسلامي من ضمان كفيل بأن يبدد كل المخاوف والشكوك، وان يحقق التوازن بين المصالح المتعارضة.

---

(1) سورة الحجرات الآية: ٩.

(2) سورة الحجرات الآية: ١٠.

(3) راجع ، حاشية رد المحتار، جـ٤ ، ص ٢١٩. المبسوط للسرخسي ، جـ ١١ ، ص ٥٨ وما بعدها.

المطلب الثاني

نظام التصالح " التسوية " الجنائية

" وأثره على أصل البراءة "

أولاً : موقف التشريعات من نظام التصالح أو " التسوية الجنائي " :

يعد هذا النظام من ضمن الأنظمة التي ادخلته التشريعات الحديثة بهدف تطوير العدالة الجنائية، دون المرور بمرحلة المحاكمة. وهو من الخيارات المتاحة أمام سلطة التحقيق للتصرف في أوراق الدعوى الجنائية. على ضوء مبدأ الملاءمة[1] .

١- اقتراب نظام التسوية الجنائية مع نظام التفاوض على الاعتراف في القانون الأمريكي:

يقترب نظام التسوية الجنائية مع النظام الذي طبق في بعض الدول الأنجلوسكسونية. ومنها الولايات المتحدة الأمريكية. والمعروف بنظام التفاوض على الاعتراف. حيث يتم التفاوض بين ممثل الاتهام والمتهم على أن يعترف المتهم بتهمة معينة موجهة إليه. نظير أن يقوم ممثل الاتهام بإسقاط باقي التهم الأخرى عنه أو التخفيف من وصفها. كأن يتم تغيير وصف التهمة عنه من قتل عمد مشدد، إلى قتل عمد غير مشدد. أو قتل خطأ. إذا وجدت أن الأدلة غير كافية للإدانة بالتهمة الأشد. وتوفر للمتهم ضمانات حيث يسمح له الاتصال بمحامٍ يتشاور معه قبل الدخول في المفاوضة على الاعتراف[2] .

٢- التسوية الجنائية في التشريع الفرنسي :

اخذ النظام الفرنسي بنظام التصالح او التسوية الجنائية La composition pénale وذلك بين النيابة العامة والمتهم في المادتين "٤١-٢ و ٤١-٣ " بموجب القانون رقم ٩٩-٥١٥ الصادر في ٢٣ يونيه سنة ١٩٩٩ بشأن تدعيم فاعلية الإجراءات الجنائية، ثم عدل النص اكثر من مرة، آخرها التعديل الذي ادخل بالقانون رقم ٤٧ الصادر في ٢٦

---

(١) انظر : الدكتور شريف سيد كامل: " الحق في سرعة الإجراءات الجنائية " ٢٠٠٤ ، مرجع سابق ، ص١٢٨ وما بعدها.

(٢) انظر في هذا النظام بشكل مفصل: الدكتور غنام محمد غنام: " مفاوضات الاعتراف بين المتهم والنيابة العامة في القانون الأمريكي"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلية الحقوق جامعة المنصورة ، العدد الثاني عشر اكتوبر ١٩٩٢، ص٣٩٢ وما بعدها. وانظر ايضاً : الدكتور السيد عتيق : " التفاوض على الاعتراف في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي في ضوء أحدث التعديلات "، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٥، ص٤١ وما بعدها.

يناير ٢٠٠٥ [1].

([1])Article 41-2: du Code de procédure pénale:(Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 art. 1 Journal Officiel du 24 juin 1999) (Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 art. 54 Journal Officiel du 16 novembre 2001) (Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 Journal Officiel du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002) (Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 art. 36 Journal Officiel du 10 septembre 2002) (Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 art. 71 I Journal Officiel du 10 mars 2004) (Loi n° 2005-47 du 26 janvier 2005 art. 8 I Journal Officiel du 27 janvier 2005 en vigueur le 1er avril 2005)

Le procureur de la République, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, peut proposer, directement ou par l'intermédiaire d'une personne habilitée, une composition pénale à une personne physique qui reconnaît avoir commis un ou plusieurs délits punis à titre de peine principale d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, ainsi que, le cas échéant, une ou plusieurs contraventions connexes qui consiste en une ou plusieurs des mesures suivantes :

1° Verser une amende de composition au Trésor public. Le montant de cette amende, qui ne peut excéder le montant maximum de l'amende encourue, est fixé en fonction de la gravité des faits ainsi que des ressources et des charges de la personne. Son versement peut être échelonné, selon un échéancier fixé par le procureur de la République, à l'intérieur d'une période qui ne peut être supérieure à un an ;

2° Se dessaisir au profit de l'Etat de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou qui en est le produit ;

3° Remettre son véhicule, pour une période maximale de six mois, à des fins d'immobilisation ;

4° Remettre au greffe du tribunal de grande instance son permis de conduire, pour une période maximale de six mois ;

5° Remettre au greffe du tribunal de grande instance son permis de chasser, pour une période maximale de six mois ;

6° Accomplir au profit de la collectivité un travail non rémunéré pour une durée maximale de soixante heures, dans un délai qui ne peut être supérieur à six mois ;

7° Suivre un stage ou une formation dans un service ou un organisme sanitaire, social ou professionnel pour une durée qui ne peut excéder trois mois dans un délai qui ne peut être supérieur à dix-huit mois ;

8° Ne pas émettre, pour une durée de six mois au plus, des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés et ne pas utiliser de cartes de paiement ;

9° Ne pas paraître, pour une durée qui ne saurait excéder six mois, dans le ou les lieux dans lesquels l'infraction a été commise et qui sont désignés par le procureur de la République, à l'exception des lieux dans lesquels la personne réside habituellement ;

10° Ne pas rencontrer ou recevoir, pour une durée qui ne saurait excéder six mois, la ou les victimes de l'infraction désignées par le procureur de la République ou ne pas entrer en relation avec elles ;

11° Ne pas rencontrer ou recevoir, pour une durée qui ne saurait excéder six

mois, le ou les coauteurs ou complices éventuels désignés par le procureur de la République ou ne pas entrer en relation avec eux ;

12° Ne pas quitter le territoire national et remettre son passeport pour une durée qui ne saurait excéder six mois ;

13° Accomplir, le cas échéant à ses frais, un stage de citoyenneté.

Lorsque la victime est identifiée, et sauf si l'auteur des faits justifie de la réparation du préjudice commis, le procureur de la République doit également proposer à ce dernier de réparer les dommages causés par l'infraction dans un délai qui ne peut être supérieur à six mois. Il informe la victime de cette proposition.

La proposition de composition pénale émanant du procureur de la République peut être portée à la connaissance de l'auteur des faits par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire. Elle fait alors l'objet d'une décision écrite et signée de ce magistrat, qui précise la nature et le quantum des mesures proposées et qui est jointe à la procédure.

La composition pénale peut être proposée dans une maison de justice et du droit.

La personne à qui est proposée une composition pénale est informée qu'elle peut se faire assister par un avocat avant de donner son accord à la proposition du procureur de la République. Ledit accord est recueilli par procès-verbal. Une copie de ce procès-verbal lui est transmise.

Lorsque l'auteur des faits donne son accord aux mesures proposées, le procureur de la République saisit par requête le président du tribunal aux fins de validation de la composition. Le procureur de la République informe de cette saisine l'auteur des faits et, le cas échéant, la victime. Le président du tribunal peut procéder à l'audition de l'auteur des faits et de la victime, assistés, le cas échéant, de leur avocat. Si ce magistrat rend une ordonnance validant la composition, les mesures décidées sont mises à exécution. Dans le cas contraire, la proposition devient caduque. La décision du président du tribunal, qui est notifiée à l'auteur des faits et, le cas échéant, à la victime, n'est pas susceptible de recours.

Si la personne n'accepte pas la composition pénale ou si, après avoir donné son accord, elle n'exécute pas intégralement les mesures décidées, le procureur de la République met en mouvement l'action publique, sauf élément nouveau. En cas de poursuites et de condamnation, il est tenu compte, s'il y a lieu, du travail déjà accompli et des sommes déjà versées par la personne.

Les actes tendant à la mise en oeuvre ou à l'exécution de la composition pénale sont interruptifs de la prescription de l'action publique.

L'exécution de la composition pénale éteint l'action publique. Elle ne fait cependant pas échec au droit de la partie civile de délivrer citation directe devant le tribunal correctionnel dans les conditions prévues au présent code. Le tribunal, composé d'un seul magistrat exerçant les pouvoirs conférés au président, ne statue alors que sur les seuls intérêts civils, au vu du dossier de la procédure qui est versé au débat.

La victime a également la possibilité, au vu de l'ordonnance de validation, lorsque l'auteur des faits s'est engagé à lui verser des dommages et intérêts, d'en demander le recouvrement suivant la procédure d'injonction de payer, conformément aux règles prévues par le nouveau code de procédure civile.

Les compositions pénales exécutées sont inscrites au bulletin n° 1 du casier judiciaire.

ويعد هذا النظام صورة من صور الصلح الجنائي، و بديل من بدائل الدعوى الجنائية في قضايا الجنح والمخالفات التي حددها المشرع في المادتين السابق ذكرهما. ويترتب على تنفيذها انقضاء الدعوى الجنائية[1].

وتبدأ التسوية الجنائية في القانون الفرنسي باقتراح يصدر عن مدعي الجمهورية. إذا تبين له ملاءمة ذلك ويوجهه إلى المتهم الذي أقر بارتكاب جريمة من الجرائم التي يجوز فيها التسوية الجنائية[2].

Les dispositions du présent article ne sont applicables ni aux mineurs de dix-huit ans ni en matière de délits de presse, de délits d'homicides involontaires ou de délits politiques.

Le président du tribunal peut désigner, aux fins de validation de la composition pénale, tout juge du tribunal ainsi que tout juge de proximité exerçant dans le ressort du tribunal.

Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

Article 41-3: du Code de procédure pénale: (Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 art. 1 Journal Officiel du 24 juin 1999)(Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 Journal Officiel du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002) (Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 art. 36 Journal Officiel du 10 septembre 2002) (Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 art. 71 II Journal Officiel du 10 mars 2004) (Loi n° 2005-47 du 26 janvier 2005 art. 8 II Journal Officiel du 27 janvier 2005 en vigueur le 1er avril 2005) " La procédure de composition pénale est également applicable aux contraventions.

La durée de la privation du permis de conduire ou du permis de chasser ne peut dépasser trois mois, la durée du travail non rémunéré ne peut être supérieure à trente heures. dans un délai maximum de trois mois. et la durée d'interdiction d'émettre des chèques ne peut dépasser elle aussi trois mois. Les mesures prévues par les 9° à 12° de l'article 41-2 ne sont pas applicables. La mesure prévue par le 6° dudit article n'est pas applicable aux contraventions de la première classe à la quatrième classe. Il en est de même des mesures prévues par les 2° à 5° et 8° de cet article, sauf si la contravention est punie des peines complémentaires visées aux 1° à 5° de l'article 131-16 du code pénal.

La requête en validation est portée, selon la nature de la contravention, devant le juge du tribunal de police ou devant le juge de la juridiction de proximité, sauf si le juge de proximité est désigné par le président du tribunal aux fins de validation de l'ensemble des compositions pénales contraventionnelles.

(1) Michèle Laure RASSAT:" Traité de procédure pénale, presses universitaires de France", 2001.N°307, p 491-492.

ولمزيد من التفاصيل حول هذا النظام انظر : الدكتور شريف سيد كامل: " الحق في سرعة الإجراءات الجنائية" ، دار النهضة العربية، ط١ ٢٠٠٤، ص١٤٨ وما بعدها. انظر : الدكتور مدحت عبد الحليم رمضان ": " الإجراءات الموجزة لإنهاء الدعوى الجنائية"، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٤١ والمرجع المشار إليه في الهامش رقم ٤٢ وما بعدها.

(2) انظر نص المادة ٤١-٢ وفقا لأخر التعديلات والتي وسعت من مجال تطبيق التسوية "المصالحة" الجنائية فاجازت تطبيقها في مواد الجنح التي يعاقب عليها - كعقوبة أصلية - بالغرامة أو بعقوبة-

ومن اللازم ان يكون مضمون الاقتراح بالتسوية واضحاً بشكل تام للمتهم، وذلك بأن يكون الاقتراح مكتوباً، وموقعا عليه من مدعي الجمهورية الذي اصدره، وان يحدد فيه نوع ومقدار التدابير المقترحة. ويجب إخطار مرتكب الجريمة بحقه في الاستعانة بمحام قبل إعطاء موافقته على إجراء التسوية، وإذا لم يعط المتهم موافقته على الاقتراح بالتسوية يسقط هذا الاقتراح. وعندها يمكن لمدعي الجمهورية أن يقرر تحريك الدعوى الجنائية. اما إذا وافق الجاني على الاقتراح، فيتم إثبات موافقته في محضر، وتسلم له صورة منه، وينبغي بعد ذلك عرض الأمر على القاضي للتصديق على التسوية[1].

واستثنى المشرع الفرنسي من تطبيق نظام التسوية -وفقاً للشروط التي وضعها- على الأحداث الذين هم دون الثامنة عشرة، و جرائم الصحافة، وجرائم القتل الخطأ، والجرائم السياسية[2].

٢- التصالح الجنائي في التشريعين المصري واليمني:

اجاز المشرع المصري في المادة ١٨ مكرراً من قانون الإجراءات الجنائية[3] التصالح الجنائي في مواد المخالفات، وكذلك في مواد الجنح ، التي يعاقب عليها بالغرامة، وقد اوكل لمأمور الضبط القضائي، عرض التصالح على المتهم، او وكيله في حالة المخالفات.أما عرض التصالح في الجنح، فيكون من قبل النيابة العامة.

-الحبس لمدة لا تزيد على خمس سنوات وأجازها في مواد المخالفات.

(1) انظر نص المادة ٤١-٢ سابقة الذكر.

(2) انظر نص الفقرة قبل الأخيرة من المادة ٤١-٢سابق الإشارة.

" Les dispositions du présent article ne sont applicables ni aux mineurs de dix-huit ans ni en matière de délits de presse, de délits d'homicides involontaires ou de délits politiques".

(3) حيث نصت المادة المذكورة على انه " يجوز التصالح في مواد المخالفات ، وكذلك في مواد الجنح التي يعاقب القانون فيها بالغرامة فقط .

وعلى مامور الضبط القضائي المختص عند تحرير المحضر أن يعرض التصالح على المتهم او وكيله في المخالفات ويثبت ذلك في محضره .ويكون عرض التصالح في الجنح في النيابات العامة .

وعلى المتهم الذي يقبل التصالح أن يدفع خلال خمسة عشر يوماً من اليوم التالي لعرض التصالح عليه، مبلغاً يعادل ربع الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة او قيمة الحد الأدنى المقرر لها ايهما اكثر. ويكون الدفع إلى خزانة المحكمة او إلى النيابة العامة او إلى اي موظف عام يرخص له في ذلك من وزير العدل . ولا يسقط حق المتهم في التصالح بفوات ميعاد الدفع ولا بإحالة الدعوى الجنائية إلى المحكمة المختصة إذا دفع مبلغاً يعادل نصف الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة او قيمة الحد الأدنى المقرر لها ايهما اكثر . وتنقضي الدعوى الجنائية بدفع مبلغ التصالح ولو كانت مرفوعة بطريق الادعاء المباشر ، ولا يكون لذلك تاثير على الدعوى المدنية .(مضافة بالقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨)

كما اجاز المشرع اليمني للنيابة العامة إجراء التصالح في الجرائم التي لا تجاوز العقوبة فيها الغرامة، وكذا الجرائم المعاقب عليها بالأرش[1] ، حيث نصت المادة ٣٠١ من قانون الإجراءات الجزائية على أن " للنيابة العامة في الجرائم التي لا تجاوز العقوبة فيها الغرامة، وكذا الجرائم المعاقب عليها بالأرش، ان تجري صلحاً يكتفى فيه بالغرامة التي تقدرها في الحالة الأولى، وبالأرش في الحالة الثانية، برضاء الطرفين، وإلا قدمت القضية إلى المحكمة بالإجراءات الموجزة، إذا كان المتهم معترف بذنبه والجريمة غير جسيمة، والمحاكمة ممكنة بصورة مباشرة دون التقيد بالحالات المنصوص عليها في الإجراءات العادية الإجراءات المستعجلة ".

ثانياً : موقف الفقه من نظام التسوية الجنائية ومدى تعارضه مع أصل البراءة:

الواقع أن هذا النظام يختلف عن نظام الصلح أو "التوفيق للإصلاح" في أن طرفي الرابطة هما المتهم وممثل الاتهام " النيابة العامة" وأن عقوبة قد تطاله جراء هذا التفاوض ولكن بشكل أخف فيما إذا أقر بارتكاب الجريمة.

وإذا كان نظام التسوية الجنائية- باعتباره إجراء يتم بموافقة المتهم، مما يعني اعترافه بارتكاب الجريمة- و بالتالي يتقارب مع نظام مفاوضات الاعتراف في القانون الأمريكي، فإن بعض الفقه[2] يشدد على الاختلاف الجوهري بين النظامين، على أساس أن التسوية الجنائية في القانون الفرنسي لا تتضمن أي تفاوض بين النيابة العامة والمتهم على غرار ما هو قائم في النظام الأمريكي، وأن التسوية الجنائية ما هي إلا نوع من الصلح، حيث النيابة العامة تتخلى عن ملاحقة المتهم في مقابل أن يتخلى هذا الأخير عن المطالبة بتمتعه بأصل البراءة، وليس هناك تفاوض بشأن نوع ومقدار التدابير التي تتضمنها التسوية الجنائية.

ويرى بعض الفقه أن هذا النظام يتعارض مع الضمانات التقليدية للإجراءات الجنائية، وفي مقدمتها أصل البراءة، حيث شكك هذا الفقه في موضوعية الموافقة الصادرة من المتهم بإجراء التسوية والتصالح، خصوصاً في الحالات التي لا تكون فيها الوقائع المكونة للجريمة واضحة، او التي قد تثير اعتراضات من قبل المتهم. كذلك

---

[1] والأرش: ديةُ الجراحاتِ في التشريع الإسلامي، انظر: كتاب الصحاح في اللغة ، للجوهري ، ج١ ، ص ١٠.

[2] Jean PRADEL: Une Consécration du «plea bargaining» à la française: La composition pénale instituée par la loi no 99 - 515 du 23 juin 1999, Dalloz- Paris.. 1999, chronique, p.382.

يرى ان هذا النظام يتعارض مع احكام الدستور الفرنسي، حيث تقوم بإجرائه اعضاء النيابة العامة التي تنتمي للسلطة القضائية، وهؤلاء ليسوا بقضاة، الأمر الذي يشكل نوعا من الاعتداء على مبدأ الفصل بين الوظائف. كما ان تطبيق هذا النظام، حتى لو بموافقة المتهم، فإنه يتعارض مع أصل البراءة[1].

وقد بينا سابقاً أن بعض الفقه الفرنسي ذهب إلى انه لو عرضت نصوص الوساطة أو التسوية الجنائية على المجلس الدستوري الفرنسي، فإنه سيقرر عدم دستوريتها، لعدم توافر ذات الضمانات وهي " الفصل بين السلطات واصل البراءة"[2].

ويناقش جانب من الفقه [3] ما قيل من مبررات بشأن الأخذ بنظام التسوية الجنائية، حيث يرد على القائلين بأن هذا النظام لا يسري سوى على الجرائم البسيطة وليست الخطيرة بقوله: إن المبادئ الدستورية لا تفرق بين الجرائم البسيطة والجرائم الجسيمة، ولا يجوز بأي حال من الأحوال ان تترك قرارات الإدانة بأيدي جهات غير قضائية.

وأما من يحتج بأن المتهم يمكنه أن يقبل أو يرفض التسوية القضائية، فطالما لا تتوافر رقابة قضائية يتولاها احد قضاة الحكم، فإن شبهة الضغط النفسي الذي يخضع له المتهم، وخشيته من ان تحال الدعوى للمحاكمة ويصدر ضده حكم بالإدانة امر وارد؛ وقد يدفعه ذلك إلى تفضيل قبول التسوية على ان يخوض تجربة قضائية قد تدينه. فتكون الخسارة مرتين، خسارة سمعته ووقته، ثم خسارة أخرى بإدانته. والأكثر خطورة، لو ان الشخص لم يرتكب الجريمة، وإنما اعترف بارتكابه لها هروباً من الملاحقة القضائية.

ومع ذلك يمكن القول بأن المشرع الفرنسي- وفقا للتعديلات التي ادخلها على نظامه الإجرائي- قد أخضع نظام التسوية الجنائية لمجموعة ضمانات تكفل احترام حقوق المتهم. فهو يشترط في البداية ألا تكون الدعوى قد حركت، سواء من قبل

---

(1)Jacques FAGET: Le cadre juridique et éthique de la médiation pénale, in «La médiation pénale entre répression et réparation» Sous la direction de Robert CARIO, L'Harmattan, paris, 1997, p.40 et 41.

(2)Christine LAZERGES: Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle, R.S.C. 1997, p.193.

(3) voir: Jean PRADEL:" Une Consécration du «plea-bargaining»à la française: La composition pénale instituée, par la loi no 99 - 515 du 23 juin 1999, op.cit. p.493.

النيابة العامة، او من قبل المجني عليه عن طريق الادعاء المباشر[1].

ومن ناحية أخرى، أوجب المشرع الفرنسي حضور محام مع المتهم، سواء يختاره الشخص، أو ينتدب من قبل نقابة المحامين، ولا يجوز للمتهم أن يتنازل عن حقه في حضور المحامي، ويجب تمكين المحامي فوراً من الاطلاع على الأوراق. ويستطيع المتهم ان يتحدث مع المحامي بحرية ودون حضور مدعي الجمهورية، قبل أن يتخذ قراره بشأن المقترح المعروض عليه. وعلى مدعي الجمهورية أن ينبه المتهم إلى إمكانية الحصول على مهلة لمدة عشرة أيام قبل الرد بما إذا كان يقبل، أو يرفض العقوبات المقترحة[2].

وإذا طلب الشخص الاستفادة من المهلة المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة ٤٩٥-٨ قبل أن يرد على الاقتراح المقدم من مدعي الجمهورية. فيمكن لمدعي الجمهورية ان يقدمه امام قاضي الحريات والحبس؛ لكي يأمر بوضعه تحت الرقابة القضائية، كما يجوز للقاضي المذكور بصفة استثنائية، إذا كانت إحدى العقوبات المقترحة هي الحبس لمدة شهرين، او أكثر، واقترح مدعي الجمهورية تنفيذ هذه العقوبة فوراً، بأن يأمر بحبس الشخص المتهم مؤقتا، وفقاً للقواعد المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة ٣٩٤ وفي المادتين ٣٩٥ و ٣٩٦ إجراءات جنائية حتى يحضر ثانية أمام مدعي الجمهورية. وهذا الحضور يجب ان يكون خلال المدة بين عشر إلى عشرين يوما من

---

(١) انظر تفصيلا: الدكتور شريف سيد كامل: "الحق في سرعة الإجراءات الجنائية"، دار النهضة العربية، ط١ ٢٠٠٤، ص ١٥٨.

(٢) انظر نص المادة ٤٩٥-٨ من قانون الإجراءات الجنائية والمضافة بموجب قانون ٩ مارس ٢٠٠٤:
Article 495-8: (inséré par Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 art. 137 I Journal Officiel du 10 mars 2004 en vigueur le 1er octobre 2004) "... Les déclarations par lesquelles la personne reconnaît les faits qui lui sont reprochés sont recueillies, et la proposition de peine est faite par le procureur de la République, en présence de l'avocat de l'intéressé choisi par lui ou, à sa demande, désigné par le bâtonnier de l'ordre des avocats, l'intéressé étant informé que les frais seront à sa charge sauf s'il remplit les conditions d'accès à l'aide juridictionnelle. La personne ne peut renoncer à son droit d'être assistée par un avocat. L'avocat doit pouvoir consulter sur-le-champ le dossier.

La personne peut librement s'entretenir avec son avocat, hors la présence du procureur de la République, avant de faire connaître sa décision. Elle est avisée par le procureur de la République qu'elle peut demander à disposer d'un délai de dix jours avant de faire connaître si elle accepte ou si elle refuse la ou les peines proposées.

تاريخ قرار قاضي الحريات والحبس وفي حالة عدم حصوله تنتهي مدة الرقابة القضائية، أو الحبس المؤقت ، إذا كان أي منهما قد تم اتخاذه[1] .

وعندما يقبل الشخص- وفي حضور محاميه- بالعقوبة أو العقوبات المقترحة، يعرض فوراً أمام رئيس المحكمة الابتدائية، أو القاضي المنتدب، بناء على عرض مدعي الجمهورية، طالباً التصديق على الاقتراح. ويستمع رئيس المحكمة، أو القاضي الذي يفوضه إلى أقوال المتهم ومحاميه بعد الإطلاع على حقيقة الجريمة المرتكبة وتكييفها القانوني، ويجوز له التصديق على العقوبات المقترحة من مدعي الجمهورية، ويصدر قراره في ذات اليوم على أن يكون مسبباً. وفي حالة التصديق على الاقتراح ينطق بهذا القرار في جلسة علنية[2] .

---

(1)Article 495-10 (inséré par Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 art. 137 I Journal Officiel du 10 mars 2004 en vigueur le 1er octobre 2004)

Lorsque la personne demande à bénéficier, avant de se prononcer sur la proposition faite par le procureur de la République, du délai prévu au dernier alinéa de l'article 495-8, le procureur de la République peut la présenter devant le juge des libertés et de la détention pour que celui-ci ordonne son placement sous contrôle judiciaire ou, à titre exceptionnel et si l'une des peines proposées est égale ou supérieure à deux mois d'emprisonnement ferme et que le procureur de la République a proposé sa mise à exécution immédiate, son placement en détention provisoire, selon les modalités prévues par le dernier alinéa de l'article 394 ou les articles 395 et 396, jusqu'à ce qu'elle comparaisse de nouveau devant le procureur de la République. Cette nouvelle comparution doit intervenir dans un délai compris entre dix et vingt jours à compter de la décision du juge des libertés et de la détention. A défaut, il est mis fin au contrôle judiciaire ou à la détention provisoire de l'intéressé si l'une de ces mesures a été prise.

(2)Article 495-9 du Code de procédure pénale: (inséré par Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 art. 137 I Journal Officiel du 10 mars 2004 en vigueur le 1er octobre 2004) " Lorsque, en présence de son avocat, la personne accepte la ou les peines proposées, elle est aussitôt présentée devant le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui, saisi par le procureur de la République d'une requête en homologation.

Le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui entend la personne et son avocat (1). Après avoir vérifié la réalité des faits et leur qualification juridique, il peut décider d'homologuer les peines proposées par le procureur de la République. Il statue le jour même par ordonnance motivée. En cas d'homologation, cette ordonnance est lue en audience publique".

NOTA : (1) voir décision du Conseil Constitutionnel n °2004-492 du 2 mars 2004 pour les termes déclarés non conformes à la Constitution dans le 2me alinéa.

كما ان الأمر الصادر من رئيس المحكمة الابتدائية، او القاضي الذي ينتدبه للتصديق على العقوبة، او العقوبات المقترحة، يجب ان يكون مسبباً من ناحية اعتراف الشخص في حضور محاميه، بأنه ارتكب الجريمة، وانه يقبل العقوبة أو العقوبات المقترحة ، ومن ناحية مدعي الجمهورية، فانه يرى أن هذه العقوبة او العقوبات كافية بالنظر إلى ظروف الجريمة، وشخصية مرتكبها.

ويكون للأمر بالتصديق آثار حكم الإدانة، فهو ينفذ فوراً، وإذا كانت العقوبة التي تم التصديق عليها هي الحبس المشدد، فإن الشخص -وفقا للتفرقة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٤٩٥-٨- يمكن وضعه في الحبس فوراً، او يحضر امام قاضي تطبيق العقوبات، لتحديد قواعد تنفيذ العقوبة.

وفي جميع الأحوال يكون للشخص استئناف الأمر الصادر بالتصديق، طبقاً لأحكام المواد " ٤٩٨، ٥٠٠، ٥٠٢، ٥٠٥ "أ. ج.ف. ويمكن للنيابة العامة في المقابل الاستئناف بذات الشروط. وفي حالة عدم الاستئناف يكون للأمر الصادر بالتصديق على العقوبة المقترحة أثر الحكم الذي حاز قوة الأمر المقضي[١].

أما إذا رفض المتهم اقتراح النيابة العامة، أو رفض التصديق على الاقتراح من رئيس المحكمة الابتدائية، فإن لمدعي الجمهورية، أن يعرض الأمر على محكمة الجنح

---

(١)Article 495-11 du Code de procédure pénale (inséré par Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 art. 137 I Journal Officiel du 10 mars 2004 en vigueur le 1er octobre 2004) " L'ordonnance par laquelle le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui décide d'homologuer la ou les peines proposées est motivée par les constatations, d'une part, que la personne, en présence de son avocat, reconnaît les faits qui lui sont reprochés et accepte la ou les peines proposées par le procureur de la République, d'autre part, que cette ou ces peines sont justifiées au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur.

L'ordonnance a les effets d'un jugement de condamnation. Elle est immédiatement exécutoire. Lorsque la peine homologuée est une peine d'emprisonnement ferme, la personne est, selon les distinctions prévues au deuxième alinéa de l'article 495-8, soit immédiatement incarcérée en maison d'arrêt, soit convoquée devant le juge de l'application des peines, à qui l'ordonnance est alors transmise sans délai".

Dans tous les cas, elle peut faire l'objet d'un appel de la part du condamné, conformément aux dispositions des articles 498, 500, 502 et 505. Le ministère public peut faire appel à titre incident dans les mêmes conditions. A défaut, elle a les effets d'un jugement passé en force de chose jugée.

طبقا لإحدى الإجراءات المنصوص عليها في المادة ٣٨٨ا. ج. او يطلب فتح التحقيق .

وعندما يكون الشخص قد أحيل امام مدعي الجمهورية تطبيقا لنص المادة ٣٩٣ إجراءات، فإنه يجوز له - اي مدعي الجمهورية- التحفظ على الشخص لحين عرضه امام محكمة الجنح، او قاضي التحقيق .ويجب ان يتم ذلك في ذات اليوم، طبقا لأحكام المادة ٣٩٥. وإذا لم يكن ممكناً في ذات اليوم، فيطبق حكم المادة ٣٩٦ا. ج.[1] .

ويظهر مما تقدم ان المشرع الفرنسي حين اقر نظام التسوية الجنائية اراد بذلك ان يحقق العدالة الرضائية، او التفاوضية في المواد الجنائية التي تقوم على أساس السرعة في الإجراءات، وما يحققه ذلك من مصلحة للمتهم وللمجني عليه، بدلاً من العدالة القسرية القائمة على اساس الدعوى الجنائية، وهذه السياسة التشريعية هي المتبعة في العديد من التشريعات المعاصرة.

ولكن تبقى مشكلة تعارض هذا النظام مع أصل البراءة قائمة وبالتالي فإن شبهة عدم الدستورية تلاحق نظام التسوية الجنائية. فهو يصطدم بشكل مباشر مع مبدا الشرعية الإجرائية التي تنص على أنه لا عقوبة إلا بحكم قضائي، ومن ثم يتعارض مع أصل البراءة. لذلك فقد عمد المشرع الفرنسي إلى وضع الضمانات التي كفلها الدستور والقانون للإجراءات الجنائيةبما يحقق التوازن بين الحاجة لإجراءات جنائية موجزة تضمن حسم الدعوى الجنائية دون إثقال الجهاز القضائي، والحاجة لتأكيد الضمانات الدستورية والقانونية للإجراءات الجنائية. وفي مقدمتها احترام أصل البراءة.

---

[1] Article 495-12 (inséré par Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 art. 137 I Journal Officiel du 10 mars 2004 en vigueur le 1er octobre 2004)

-Lorsque la personne déclare ne pas accepter la ou les peines proposées ou que le président du tribunal de grande instance ou son délégué rend une ordonnance de refus d'homologation, le procureur de la République saisit, sauf élément nouveau, le tribunal correctionnel selon l'une des procédures prévues par l'article 388 ou requiert l'ouverture d'une information.

Lorsque la personne avait été déférée devant lui en application des dispositions de l'article 393, le procureur de la République peut la retenir jusqu'à sa comparution devant le tribunal correctionnel ou le juge d'instruction, qui doit avoir lieu le jour même, conformément aux dispositions de l'article 395 ; si la réunion du tribunal n'est pas possible le jour même, il est fait application des dispositions de l'article 396. Les dispositions du présent alinéa sont applicables y compris si la personne avait demandé à bénéficier d'un délai et avait été placée en détention provisoire en application des dispositions des articles 495-8 et 495-10.

ومن أهم الضمانات كفالة حقوق الدفاع وتوفير الضمان القضائي في نظام التسوية الجنائية.

وغني عن البيان أن نظام التسوية الجنائية لا يترتب عنه إضرار بحقوق المجني عليه إذ يجوز لهذا الأخير الالتجاء إلى محكمة الجنح أو المخالفات للمطالبة بحقوقه المدنية وحدها دون أن يحق له رفع الدعوى المباشرة قبل المتهم[1].

المطلب الثالث

الأمر الجنائي وأثره على أصل البراءة

أولاً : موقف التشريع والقضاء من الأمر الجنائي وأثره على أصل البراءة :

يُعَدُّ الأمر الجنائي" L'injonction pénale " احد الوسائل التي تستعين بها التشريعات الحديثة، بهدف الإسراع في إدارة العدالة الجنائية، بغير مرور بمرحلة المحاكمة[2]، ويمكن ان يلعب كبديل للعقوبات السالبة للحرية[3]. إذ بمقتضاه يصدر القاضي أو النيابة العامة أمراً في نوع معين من الجرائم بغرامة معينة ، فضلاً عن العقوبات التكميلية، والتضمينات، وما يجب رده من مصاريف. ويترتب على هذا الأمر انقضاء الدعوى الجنائية، بشرط ألا يعترض عليه الخصوم، إذا كان الأمر صادراً من القاضي.فإذا لم يحصل اعتراض على الأمر على هذا النحو المتقدم، يصبح نهائياً واجب التنفيذ، وتنقضي الدعوى[4].

---

(1) راجع : أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور:" القانون الجنائي الدستوري" ، مرجع سابق، ص ٥٢٥.

(2) انظر: الدكتور السعيد مصطفى السعيد: " في تبسيط الإجراءات الجنائية - نظام الأمر الجنائي- مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الأول ، السنة الحادية عشرة ، يناير سنة ١٩٤١ ، ص ٥٩٥و٥٩٦ . أستاذنا الدكتور احمد فتحي سرور : " الأمر الجنائي وإنهاء الخصومة الجنائية " المجلة الجنائية القومية ، العدد ١-٢ ، سنة ١٩٦٤ ، ص١٠٥. الدكتور يسر أنور على الأمر الجنائي - دراسة مقارنة في نظرية الإجراءات الجنائية الإيجازية ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة عين شمس ، يوليو ١٩٧٤، ص٥١٩ وما بعدها . الدكتور سمير الجنزوري : " الإدانة بغير مرافعة " ، المجلة الجنائية القومية ، ١٩٦٩، ص ٤٠١ وما بعدها . الدكتور مامون محمد سلامة : " الإجراءات الجنائية في التشريع المصري — الجزء الثاني- مرجع سابق ، ص ٢٦٠ وما بعدها.الدكتور عبد الرءوف مهدي : " شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص٨٠٦ وما بعدها . الدكتور شريف سيد كامل: " الحق في سرعة الإجراءات الجنائية" ، مرجع سابق، ص ١٨١وما بعدها. الدكتور مدحت عبد الحليم رمضان " ، الإجراءات الموجزة ..." ، مرجع سابق، ص ١٣٢ وما بعدها . الدكتور محمد سيف النصر عبد المنعم: " بدائل العقوبة السالبة للحرية ..."، مرجع سابق، ص٣٠٤ وما بعدها.

(3) الدكتورمحمد سيف النصر عبد المنعم : " بدائل العقوبة السالبة للحرية .." ، مرجع سابق، ص٣٠٤.

(4) انظر، أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور:" القانون الجنائي الدستوري" ط٢٠٠٤، مرجع سابق، ص٥٣٠.

والتساؤل المثار في هذا الصدد هو: عن أثر هذا النظام على أصل البراءة.

وفي الحقيقة، ان المجلس الدستوري الفرنسي اكد ان الضمانات الدستورية الهامة كقرينة(أصل) البراءة، وحقوق الدفاع، والمحاكمة المنصفة، لا تتوافر في الأمر الجنائي الذي تصدره النيابة العامة، والذي قد ينطوي على عقوبة جنائية، حيث قضى في حكمه الصادر في ٢ فبراير ١٩٩٥ بعدم دستورية الأمر الجنائي، لتعارضه مع مبدأ الفصل بين وظيفتي الاتهام والحكم. واعتبر ان الأمر الجنائي يعطي للنيابة العامة سلطة الحكم بعقوبة . وهذا يمثل اعتداءً على الحريات الفردية ، كما يشكل اعتداء على المادة التاسعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن والتي تقرر أن كل شخص يفترض أنه بريء حتى تتقرر إدانته.كما يتعارض مع المادة ٦٦ من الدستور الفرنسي التي تنص على أن " السلطة القضائية هي الحارس للحرية الفردية، وكذلك الاعتداء على مبدأ احترام حقوق الدفاع "[١].

كما قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأن" النيابة إذ تمارس سلطة التحقيق.لا تعد جهة قضاء، ولا هيئة ذات اختصاص قضائي في تطبيق المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩،ذلك أن المشرع يعني في هذا النص. أن يكون النزاع مطروحاً أمام جهتين من جهات الحكم، تستمد كلتاهما ولاية القضاء من قانون محدد لاختصاصها، مبيناً لإجراءات وضمانات التقاضي امامها، ويصدر الحكم على أساس قاعدة قانونية حاسمة للخصومة، بحيث يعد عنواناً للحقيقة فيما قضى به، متى حاز قوة الأمر المقضي، وليس هذا شأن النيابة العامة عند مباشرتها سلطة التحقيق، ذلك أن ما تجريه في هذا الخصوص — وإن كان يعد عملا قضائيا-، إلا انه لا يجعل منها جهة من جهات الحكم التي تستقل وحدها بالفصل في الدعوى الجنائية عند رفعها إليها"[٢].

---

(١) Décision n° 95-360 DC du 2 février 1995 Le Conseil constitutionnel a été saisi le 4 janvier 1995, par MM. Claude ESTIER,... Considérant que l'article 35 insère au chapitre II du titre premier du livre premier du code de procédure pénale intitulé : "Du ministère public", une section V intitulée : "De l'injonction pénale" comportant sept articles 48-1 à 48-7 ;

انظر هذا الحكم على موقع المجلس الدستوري الفرنسي على الرابط التالي :

http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1995/95360dc.htm

voir: Christine LAZERGES:"Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle", R.S.C.1997, p.193.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في ٣ مايو ١٩٨٦ في القضية رقم ١٠ لسنة ٤ قضائية " دستورية"

ولذلك، فإن النصوص التي تقرر منح النيابة العامة سلطة إصدار الأوامر الجنائية معيبة دستوريا، لتعارضها مع مبدأي الشرعية الإجرائية، التي تقرر أنه لا عقوبة بغير قضاء، ومبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والحكم[1].

ومن الجدير بالذكر أن المشرع اليمني لم يأخذ بنظام الأمر الجنائي في قانون الإجراءات الجنائية، بخلاف الحال في التشريع الإجرائي المصري الذي منح النيابة العامة سلطة إصدار الأمر الجنائي في الجنح التي لا يوجب القانون الحكم فيها بالحبس أو الغرامة التي يزيد حدها الأدنى عن خمسمائة جنيه، فضلاً عن العقوبات التكميلية والتضمينات، وما يجب رده والمصاريف. ويكون إصدار الأمر الجنائي وجوبياً في المخالفات التي لا يرى حفظها. ولا يجوز أن يؤمر بغير الغرامة التي لا تزيد على خمسمائة جنيه..."[2].

ثانياً: موقف الفقه من نظام الأمر الجنائي:

انقسم الفقه بشأن نظام الأمر الجنائي إلى مؤيد ومعارض، حيث ذهب **الاتجاه المؤيد لنظام الأمر الجنائي**[3] إلى أنه يحقق فوائد عملية في حالات معينة. فهو يؤدي إلى تبسيط الإجراءات الجنائية، وسرعتها في الجرائم البسيطة. وبالتالي يحقق فاعلية العدالة الجنائية. كما أنه يعتبر بمثابة عرض للصلح أقره المشرع، فإن شاء المتهم ارتضاه وسدد الغرامة ونحوها مما ورد في هذا الأمر، وبناء عليه تنقضي الدعوى الجنائية ، وأما إذا لم يقبله رفعت الدعوى الجنائية قبله وفقا للإجراءات التي نص عليها القانون.

وأما بشأن تعارضه مع أصل البراءة، فإن البعض يرى أن الأمر الجنائي لا يعد قراراً بالإدانة، وإنما هو من بدائل الدعوى الجنائية، فللمتهم أن يقبله أو يرفضه[4]

([1]) الدكتور شريف سيد كامل: " الحق في سرعة الإجراءات الجنائية" ، مرجع سابق، ص١٨١.

([2]) انظر المادة ٣٢٥ مكرراً من قانون الإجراءات الجناية.

([3]) انظر في هذا الاتجاه، أستاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري"، مرجع سابق، ص٥٣٦.الدكتورة فوزية عبد الستار: " شرح قانون الإجراءات الجنائية" ، ص٦٦٥ الدكتور عبد الرءوف مهدي : " شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢ ، ص٨٠٦ وما بعدها . الدكتور شريف سيد كامل: " الحق في سرعة الإجراءات الجنائية" ، دار النهضة العربية، ط١ ٢٠٠٤، ص. الدكتور مدحت عبد الحليم رمضان " ، الإجراءات الموجزة لإنهاء الدعوى الجنائية ، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ١٤٦. الدكتور محمد سيف النصر عبد المنعم : " بدائل العقوبة السالبة للحرية ، مرجع سابق، ص٣١٤ و ٣١٥.

([4]) voir: Jean PRADEL: "D'Une loi avortée à Un projet nouveau sur l'injonction pénale", D.1995, chronique, p.171 et s.

وفي المقابل يرى انصار الاتجاه المعارض[1] لنظام الأمر الجنائي بأن هذا النظام الذي يخول النيابة العامة سلطة إصدار اوامر جنائية، يتعارض مع المبدا الدستوري الذي يقرر بأنه " لا عقوبة بغير محاكمة"، كما يخل بمبدا الفصل بين وظيفتي الاتهام والحكم، وان ما قيل من اعتبارات التبسيط في الإجراءات الجنائية لا تبرر الخروج على هذا المبدا،او تكون على حساب حقوق وحريات المتهم.علاوة على ان قبوله او رفضه لهذا الأمر لا يعد ضمانة كافية،حيث يمكن القبول بالأمر الجنائي بناء على رغبته في تجنب الظهور بالجلسة العلنية كمتهم. ثم إن هناك تشريعات، كالتشريع الإيطالي، والألماني، والبولندي، والسويسري، كلها لا تخول النيابة العامة مهمة إصدار الأمر الجنائي[2].

ومن وجهة نظرنا، لا يمكن إنكار مزايا الأمر الجنائي كوسيلة لانقضاء الدعوى الجنائية، ودوره في تخفيف الأعباء عن كاهل القضاء في الجرائم ذات العقوبة البسيطة، وأن ما وُجّه للأمر الجنائي من انتقاد، مرجعه في المقام الأول إلى محاولة تشبيهه بالأحكام الجنائية[3].

ولكن لا يمكن إنكار أن إعطاء النيابة العامة سلطة إصدار الأمر الجنائي يخالف حق المتهم في أصل البراءة، الذي لا ينتفي عنه إلا بإدانته بحكم قضائي بات، ولهذا أصدر المجلس الدستوري الفرنسي حكماً بعدم دستورية النصوص المتعلقة بالأمر الجنائي التي تباشرها النيابة العامة.على ما بينا سابقاً.

ولتجنب شبهة عدم دستورية النصوص التي تعطي للنيابة العامة سلطة إصدار الأوامر الجنائية- لتعارضها مع مبدا الفصل بين وظيفتي الاتهام والحكم، وفي ذات

---

(1) انظر : الدكتور محمود نجيب حسني : " شرح قانون الإجراءات الجنائية" ، مرجع سابق ، ص٩٨١. الدكتور عوض محمد عوض : " المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية " ، مرجع سابق ، رقم ٧٥٣ ، ص ٧٦١ و ٧٦٢. وانظر في عرض هذا الرأي الدكتور مدحت عبد الحليم رمضان " ، الإجراءات الموجزة لإنهاء الدعوى الجنائية ، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ١٤٥.والمرجع المشار إليه في الهامش رقم ٢٥٥.

(2) الدكتور محمود نجيب حسني : " شرح قانون الإجراءات الجنائية" مرجع سابق ، ص٩٧٣.

(3) انظر المادة ٣٠١ إجراءات جزائية يمني التي تخول النيابة العامة في الجرائم التي لا تجاوز العقوبة فيها الغرامة وكذا الجرائم المعاقب عليها بالأرش أن تجري صلحاً يكتفى فيه بالغرامة التي تقدرها في الحالة الأولى وبالأرش في الحالة الثانية برضاء الطرفين وإلا قدمت القضية إلى المحكمة .."

وما يؤكد أنه نوع من الصلح في التشريع المصري ان سلطة إلغاء الأمر الجنائي يصدر من رئيس النيابة وليس من القضاء وكذلك ما يكشف أن هذا الأمر ليس حكما يحوز أدنى حجية ان المشرع المصري نص في الفقرة الأخيرة من المادة ٣٢٧ أ.ج. المضافة بالقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ بأنه " لا يكون لما قضى به الأمر في موضوع الدعوى الجنائية حجية امام المحاكم المدنية" ولا يوجد مثل هذا النص في قانون الإجراءات الجزائية اليمني.

الوقت تعارضها مع أصل البراءة -، فإنه ينبغي على المشرع أن يعدل النصوص، بحيث يلغي سلطة النيابة العامة في إصدار الأمر الجنائي، ويقصر ذلك على أحد قضاة الحكم، وهذا لا يخل بفاعلية الأمر.

الفصل الثالث

حماية أصل البراءة أثناء المحاكمة

تمهيد وتقسيم:

تمثل مرحلة المحاكمة احد اكثر المراحل خطورة على اصل البراءة، إذ في هذه المرحلة يتحدد المركز القانوني للمتهم، إما ببقائه على أصل البراءة، وإما بنقض هذا الأصل بصدور حكم يقضي بإدانته. وبالتالي تعرضه لأخطر القيود على حريته الشخصية وعلى حقوقه، واخطرها حقه في الحياة.

ولذلك، فإن الحماية الجنائية لأصل البراءة أثناء المحاكمة تقتضي أن يهيمن أصل البراءة على كافة الإجراءات التي تسير عليها المحاكمة. بل ويهيمن هذا الأصل على قواعد تشكيل المحكمة، وقواعد تنظيمها. حيث يفرض هذا الأصل على القاضي ان يدير المحاكمة، دون أن يكون له رأي مسبق حول إدانة، او براءة المتهم الماثل امامه ويجب ان يضمن اتفاق سير المحاكمة مع الالتزام بهذا المبدأ.

ويقتضي حماية الحق في أصل البراءة، أن يتحاشى القضاة او المحلفون اي تحيز مسبق ضد المتهم. وينطبق هذا أيضاً على اعضاء النيابة العامة و رجال الشرطة فتمتنع عن الإدلاء بأية تصريحات عن إدانة المتهم قبل صدور الحكم عليه. كما يعني هذا أيضاً أن على السلطات واجب منع أجهزة الإعلام الإخبارية أو غيرها من التنظيمات الاجتماعية من التأثير على نتيجة الدعوى بمناقشة حيثياتها علانية.

ومن مستوجبات حماية أصل البراءة أثناء المحاكمة الحرص على أن لا يحاط المتهم بسمات تشير إلى انه مذنب أثناء المحاكمة، ومن ذلك تكبيل يديه أو قدميه بالأصفاد، أو الأغلال، أو إرغامه على ارتداء ثياب السجن في قاعة المحكمة.

وعلى ضوء ذلك سوف نتناول في هذا الفصل أهم الضمانات المكفولة لحماية أصل البراءة أثناء المحاكمة، والتي تأتي في مقدمتها حق الشخص في المحاكمة خلال مدة معقولة، وأن تتوفر له ضمانات النظر المنصف. وان تكون المحاكمة علنية. وان تكفل له حق الطعن امام محكمة أعلى. **وسوف نرجئ ما يتعلق بإدارة الدليل الجنائي إلى الباب الرابع من هذه الدراسة.**

وسوف نقسم هذا الفصل إلى ستة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: المحاكمة المنصفة لحماية أصل البراءة

المبحث الثاني: إنهاء المحاكمة خلال فترة معقولة وأثره في حماية أصل البراءة

المبحث الثالث: ضمان التكافؤ بين حقوق الخصوم لحماية أصل البراءة

المبحث الرابع: ضمان علانية المحاكمة وأثره في حماية أصل البراءة.

المبحث الخامس: حماية أصل البراءة في مواجهة التجاوزات الإعلامية

المبحث السادس: تعدد درجة التقاضي لحماية أصل البراءة

****

المبحث الأول

المحاكمة المنصفة كأساس لحماية أصل البراءة

تمهيد وتقسيم:

لا مراء أن ما يعزز الحماية الجنائية لأصل البراءة، هو ضمان محاكمة عادلة ومنصفة[1] لمن وضع موضع الاتهام؛ ذلك أن أصل البراءة،لا يمكن نقضه بغير حكم قضائي صادر وفق محاكمة قانونية منصفة تحترم كافة الضمانات التي كفلتها المواثيق الدولية والتشريعات الداخلية في البلدان المتحضرة. ومن مقتضيات المحاكمة المنصفة السرعة في المحاكمة والعلانية واحترام حقوق الدفاع والمساواة بين الخصوم ومحاكمة المتهم أمام قاضيه الطبيعي وعدم محاكمة المتهم أكثر من مرة، وتعدد

---

(1) اختلف الفقه حول التعبير الأمثل لهذا الضمان إلى اتجاهين الاتجاه الأول يطلق عليه تعبير المحاكمة المنصفة والاتجاه الآخر يطلق عليه المحاكمة العادلة. ويفضل الاتجاه الأول تعبير الإنصاف، كونه يشير إلى التوازن بين أصل البراءة والإجراءات الجنائية "انظر: أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان"، مرجع سابق، ص١٩٣". وعند البعض مجال الإنصاف أكثر نطاقا من مجال العدالة، لأن الأخيرة ترتبط بالنصوص القانونية المعلنة على عكس الإنصاف الذي يدور في فلك النصوص لا في حرفيتها. ويفضل الاتجاه الثاني تعبير المحاكمة العادلة ويرى هذا الاتجاه أن تعبير الإنصاف ينطوي على نوع من الإيثار للمتهم بينما المحاكمة العادلة هي التي تنتهي إما بالإدانة إن ثبت الاتهام أو البراءة إن لم يثبت، فضلا عن أن هذا التعبير - من وجهة نظر هذا الرأي- هو الأدق في المجال الجنائي حيث الالتزام بقواعد الشرعية الجنائية " انظر: الدكتور حاتم بكار: " حماية حق المتهم في محاكمة عادلة "، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٧، ص٥٧. الدكتور علاء محمد الصاوي سلام: " حق المتهم في محاكمة عادلة "، مرجع سابق، ص١٠.

وما أراه أن لفظ الإنصاف هو أكثر دلالة في المجال الجنائي.إذ معناه أخذ الحق كاملاً غير منقوص، وقال الخليل بن أحمد: الإنصاف مأخوذ من النَّصَفَةُ ومعناه: أن تعطيه من نفسكَ النَّصف أي تُعطي من نفسك ما يَستحِقُ من الحَقِّ كما تأخذه. وانتصفتُ منه: أخذتُ حَقّي كَمَلاً حتى صرتُ وهو على النَّصفِ سَواء. كتاب العين، للخليل ابن أحمد الفراهيدي البصري، (١٠٠ - ١٧٠هـ)، جـ٢، ص ٤٠.

درجات التقاضي. وبغير ذلك يصبح أصل البراءة مجرد نص مفرغ من محتواه.

والمحاكمة المنصفة - بلا شك- تمثل صمام امان يقي الأفراد من التعرض للعقاب دون وجه حق، وفي ذات الوقت هي ضرورة لا غنى عنها لحماية حقوق الإنسان الأخرى[1]، لذلك اصبح رصد المحاكمات جانباً هاماً من الجهود الدولية الرامية لحماية حقوق الإنسان.

وعلى ضوء ذلك سوف نبين في هذا المبحث مفهوم المحاكمة المنصفة في مطلب أول. وفي المطلب الثاني: نتناول ضوابط المحاكمة المنصفة لحماية اصل البراءة. وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

مفهوم المحاكمة المنصفة

أولاً: تعريف الحق في محاكمة منصفة:

ليس من السهل وضع تعريف محدد للمحاكمة العادلة، أو المنصفة بشكل مطلق دون ربط مفهوم العدالة بضمانات المحاكمة، ولهذا اكتفى فقهاء القانون الجنائي، بالاهتمام بتحديد الضمانات المتعلقة بهذا الحق أكثر من اهتمامهم بوضع تعريف محدد له[2]. ويرجع ذلك إلى أن تعبير المحاكمة المنصفة - في المجال الجنائي- .إنما ينصرف إلى مجموعة الإجراءات التي تتم بها الخصومة الجنائية في إطار قواعد تحافظ على التوازن بين حماية الحقوق والحريات الشخصية، وحماية المصلحة العامة[3].

ويمكن تعريف المحاكمة العادلة أو المنصفة بأنها: مجموعة الإجراءات التي تتولها محكمة مستقلة، ومحايدة ومشكلة وفقا للقانون. وأن تتم بصورة علنية إلا ما اقتضته قواعد النظام العام ، أو الآداب، أو عندما يتطلب ذلك مصلحة الصغار او حماية الحياة الخاصة للأطراف، أو لضرورة قصوى تكون العلنية ضارة بالعدالة

---

(1) انظر : استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري"، مرجع سابق، ص٤٢٣. مامون محمد سلامة : " الإجراءات الجنائية في التشريع المصري" ، الجزء الثاني ، مرجع سابق ، ص١٠٨ . الدكتور علاء محمد الصاوي سلام : " حق المتهم في محاكمة عادلة " ، مرجع سابق ، ص٢٥٥.

(2) الدكتور حاتم بكار : " حماية حق المتهم في محاكمة عادلة " ، منشاة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٩٧، ص٤٨. الدكتور علاء محمد الصاوي سلام : " حق المتهم في محاكمة عادلة "، مرجع سابق ، ص٢.

(3) الدكتور احمد فتحي سرور: المرجع السابق، ص٤٢٣.

وان يسودها مبدأ تكافؤ الفرص بين الخصوم.

ثانياً: سند الحق في محاكمة منصفة كمصدر للحماية الجنائية لأصل البراءة:

١- الحق في محاكمة منصفة في النظام الإسلامي:

حاز القضاء في الإسلام اهتماماً كبيراً، ووضعت له العديد من القواعد والشروط بعضها يتعلق بالقاضي، وبعضا يتعلق بالقضاء، حتى يتحقق العدل والمساواة بين المتخاصمين[١].

وهناك العديد من الصور المشرقة للقضاء في الإسلام تدل بجلاء على كفالته للحق في محاكمة عادلة ومنصفة للكل المتخاصمين دون تمييز بينهم،عملاً بما جاء في محكم التنزيل، حيث يقول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾[٢].

ولعل ابرز صورة مشرقة للمحاكمة المنصفة ما حملته **وثيقة القضاء العمرية التي أرسلها الخليفة عمر بن الخطاب** -رضي الله عنه- إلى أبي موسى الأشعري -وقد سبق الإشارة إليها- حيث قال فيها: " أما بعد، فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة، فافهم إذا أدلى إليك، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له. آس بين الناس في مجلسك وفي وجهك وقضائك،حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك. البينة على المدعي واليمين على من انكر، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما، أو حرم حلالاً. ومن ادعى حقا غائبا، أو بينة فاضرب له أمداً ينتهي إليه فإن بيّنه أعطيته بحقه، وإن أعجزه ذلك استحللت عليه القضية، فإن ذلك هو أبلغ في العذر وأجلى للعمى. ولا يمنعنك قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك، ان تراجع فيه الحق، فإن الحق قديم لا يبطله شيء. ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل.والمسلمون عدول بعضهم على بعض، إلا مجربا عليه شهادة زور او مجلوداً في حد، أو ظنيناً في ولاء أو قرابة، فإن الله تعالى تولى من العباد السرائر وستر عليهم الحدود إلا بالبينات والإيمان. ثم الفهم الفهم فيما أدلى إليك مما ورد عليك مما

---

(١) انظر : هشام قبلان: " وسائل تحقيق العدالة للمتهم في الشريعة الإسلامية ، منشور في مطبوعات المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب اكاديمية نائف للعلوم الأمنية" بالرياض ضمن ابحاث الندوة العلمية الأولى حول المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية ، ١٤٠٦ هـ ، جا، ص ١٢٨ وما بعدها.

(٢) سورة النساء الآية ٥٨ .

ليس في قرآن ولا سنة. ثم قايس الأمور، واعرف الأمثال. ثم اعمد فيما ترى ايها احبها إلى الله واشبهها بالحق. وإياك والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس والتنكر عند الخصومة، أو الخصوم (شك ابو عبيد)، فإن القضاء في مواطن الحق مما يوجب الله به الأجر ويحسن به الذكر. فمن خلصت نيته في الحق ولو على نفسه، كفاه الله ما بينه وبين الناس، ومن تزين بما ليس في نفسه شانه الله، فإن الله تعالى لا يقبل من العباد إلا ما كان خالصاً، فما ظنك بثواب عند الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته"[1].

ولا ريب أن هذه الوثيقة التشريعية حملت في طياتها خلاصة الضمانات التي يتطلب توافرها للمحاكمة المنصفة.

٢- سند الحق في محاكمة منصفة في المواثيق الدولية:

تكرّس هذا الحق في العديد من صكوك حقوق الإنسان الدولية والإقليمية، فقد نص عليه "الإعلان العالمي لحقوق الإنسان" في المادة العاشرة منه على أن: "لكل إنسان على قدم المساواة التامة مع الآخرين، الحق في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحايدة، نظراً منصفاً وعلنياً، للفصل... في أية تهمة جزائية توجه إليه" و "كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن يثبت ارتكابه لها قانوناً في محاكمة علنية"[2].

كما نصت المادة ١/١٤ من "العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية" بأنه "... من حق كل فرد لدى الفصل في أية تهمة جزائية توجه إليه، أو في حقوقه والتزاماته في أية دعوى مدنية، أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلني من قبل محكمة مختصة مستقلة حيادية، منشأة بحكم القانون[3]."

وفي ذات السياق، أكدت الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان هذا الحق في المادة السادسة فقرة أولى، حيث نصت على أنه "١- لكل شخص ـ عند الفصل في حقوقه المدنية والتزاماته، أو في اتهام جنائي موجه إليه ـ الحق في مرافعة علنية عادلة خلال

---

(1) إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن القيم، جا، ص ٨٥ و٨٦.

(2)Voir : La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948.
http://www.un.org/arabic/aboutun/humanr.htm

مركز وثائق الأمم المتحدة، اعدها للإنترنت قسم موقع الأمم المتحدة في إدارة شؤون الإعلام، ٢٠٠٣.

(3) مركز وثائق الأمم المتحدة، اعدها للإنترنت قسم موقع الأمم المتحدة في إدارة شؤون الإعلام، ٢٠٠٣.

مدة معقولة امام محكمة مستقلة غير منحازة مشكلة طبقاً للقانون.."[1].

ويظهر من تلك النصوص انها بينت الحق في النظر المنصف للقضايا، في جميع الإجراءات والضمانات الخاصة بالمحاكمة المنصفة، ورتبت على هذا الحق نتائج متعددة اهمها: الحق في المحاكمة دون تأخير لا مبرر له، والحق في إعداد الدفاع، وحق المرء في ان يدافع عن نفسه بشخصه، او عن طريق محام، والحق في استدعاء الشهود واستجوابهم، وهذه الحقوق تمثل الحد المقبول من الضمانات الواجب توافرها. وبالتالي، فإن مراعاة كل ضمان منها، في جميع الظروف والحالات، من شأنه ان يكفل النظر المنصف للدعوى[2].

وقد اوضحت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أن النظر المنصف للدعوى يتطلب عدداً من الشروط من بينها معاملة الدفاع والادعاء على قدم المساواة، واحترام مبدا الحق في رفع دعاوى الاختصام، وسرعة التقاضي[3].

٢- سند الحق في محاكمة منصفة في القانون المقارن:

تشكل الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان مصدر من مصادر حماية هذا الحق في كافة دول الاتحاد الأوربي بوجه عام. وفرنسا على وجه الخصوص. ومع ذلك فقد نص المشرع الفرنسي في المادة التمهيدية من قانون الإجراءات الجنائية المضافة بقانون تدعيم " قرينة" البراءة في ١٥ يونيو ٢٠٠٠، في الفقرة الأولى منها، على انه " يتعين ان تكون الإجراءات الجنائية منصفة، وأن تتحقق فيها المواجهة، وأن تحفظ التوازن بين حقوق الأطراف. كما يجب ان تضمن الفصل بين السلطات القائمة على الدعوى

---

(1)Convention européenne des Droits de l'Homme Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.
http://www.france.qrd.org/texts/conv-euro-dh.html

(2) دليل المحاكمات العادلة، مرجع سابق.

(3)وانتهت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان إلى أن الحق في النظر المنصف قد تعرض لانتهاك عام، وذلك في حالة تعرض فيها ثمانية من الخصوم السياسيين للرئيس الزائيري -السابق- " موبوتو سيسي سيكو" لأحكام بالسجن لمدد طويلة، بعد محاكمات لم تتوفر فيها الضمانات الإجرائية. وكان هؤلاء المتهمون، وكلهم سبق أن نفوا إلى الخارج، او فرضت عليهم الإقامة الجبرية في المنازل في عام ١٩٨١، قد قبض عليهم من جديد وقدموا للمحاكمة - فيما بعد - امام محكمة امن الدولة بتهمة التآمر على قلب نظام الحكم. ولم يُستدع المتهمون إلى المحكمة، ولم يستجوب ثلاثة منهم في المراحل السابقة على المحاكمة، وقد ارغموا هم واسرهم على تغيير محل إقامتهم بموجب "تدبير إداري خاص". المرجع السابق نفسه .

الجنائية وتلك المختصة بالمحاكمة[1].

وفي مصر نص الدستور المصري في المادة ٦٧ بأن: " المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه... ".

والملاحظ أن الدستور المصري قد استخدم لفظ " محاكمة قانونية" ولم يستخدم لفظ عادلة او منصفة، ويعترض جانب من الفقه على مصطلح محاكمة قانونية حيث يرى أنه لا يجوز تعليق ضمان احترام الحقوق والحريات التي تتمتع بالقيمة الدستورية على ما يقرره المشرع العادي من قواعد قانونية قابلة للتغيير والتعديل او للإضافة والنقصان. بل يجب ان ترتكز على اصول دستورية، لا يجوز الإخلال بها أو تغييرها بالمخالفة لأحكامها[2].

ولكن المحكمة الدستورية العليا في مصر استخدمت تعبير المحاكمة " المنصفة " بدلاً من تعبير المحاكمة القانونية[3].

و في هذا الصدد قالت المحكمة الدستورية العليا: " إن الدستور قد كفل في مادته السابعة و الستين الحق في المحاكمة المنصفة بما تنص عليه من أن المتهم برئ حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، و هو حق نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادتيه العاشرة و الحادية عشرة التى تقرر اولاهما ان لكل شخص حقا مكتملاً و متكافئا مع غيره في محاكمة علنية و منصفة تقوم عليها محكمة مستقلة محايدة. تتولى الفصل في حقوقه و التزاماته المدنية، او في التهمة الجنائية الموجهة إليه، و تردد ثانيتهما في فقرتها الأولى حق كل شخص وجهت إليه تهمة جنائية في أن تفترض براءته إلى أن تثبت إدانته في محاكمة علنية توفر له فيها الضمانات الضرورية لدفاعه. والفقرة السابقة هي التى تستمد منها المادة

---

(1)Article préliminaire de Code de Procédure Pénale: " (inséré par Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 1 Journal Officiel du 16 juin 2000) I. - La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties.

Elle doit garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement.

Les personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions doivent être jugées selon les mêmes règles.

(2) الدكتور محمد محمد مصباح القاضي: " حق الإنسان في محاكمة عادلة "دار النهضة العربية، ١٩٩٦ ،مرجع سابق ، ص ٥٤.

(3) انظر: استاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري"، ط ٢٠٠٤ ، ص ٤٣٢.

٦٧ من الدستور اصلها، و هي تردد قاعدة استقر العمل على تطبيقها في الدول الديمقراطية ، و تقع في إطارها مجموعة من الضمانات الأساسية تكفل بتكاملها مفهوماً للعدالة يتفق بوجه عام مع المقاييس المعاصرة المعمول بها في الدول المتحضرة و هي بذلك تتصل بتشكيل المحكمة، و قواعد تنظيمها، وطبيعة القواعد الإجرائية المعمول بها امامها ، و كيفية تطبيقها من الناحية العملية، كما أنها تعتبر في نطاق الاتهام الجنائي وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التى قضى الدستور في المادة ٤١ منه بانها من الحقوق الطبيعية التى لا يجوز الإخلال بها، أو تقييدها بالمخالفة لأحكامه و لا يجوز بالتالي تفسير هذه القاعدة تفسيرا ضيقا، إذ هي ضمان مبدئي لرد العدوان عن حقوق المواطن و حرياته الأساسية، و هي التى تكفل تمتعه بها في إطار من الفرص المتكافئة، و لأن نطاقها و إن كان لا يقتصر على الاتهام الجنائي، و إنما يمتد إلى كل دعوى و لو كانت الحقوق المثارة فيها من طبيعة مدنية ، إلا أن المحاكمة المنصفة تعتبر اكثر لزوما في الدعوى الجنائية، و ذلك أيا كانت طبيعة الجريمة وبغض النظر عن درجة خطورتها؛ وعلة ذلك أن إدانة المتهم بالجريمة، إنما تعرضه لأخطر القيود على حريته الشخصية، واكثرها تهديداً لحقه في الحياة ، وهي مخاطر لا سبيل إلى توقيها إلا على ضوء ضمانات فعلية توازن بين حق الفرد في الحرية من ناحية، وحق الجماعة في الدفاع عن مصالحها الأساسية من ناحية أخرى"[١] .

واما الدستور اليمني، فإنه لم يرد فيه لفظ المحاكمة المنصفة، أو حتى القانونية كما لم يرد في قانون الإجراءات الجنائية، وهذا نقص ينبغي تلافيه. ومع ذلك فإن ما جاء في الإعلان العالمي والمعاهدة الدولية للحقوق المدنية والسياسية هما من مصادر الحق في محاكمة منصفة في النظام القانوني اليمني، وفقا لنص المادة السادسة من الدستور اليمني[٢] .

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٢فبراير ١٩٩٢ في القضية رقم ١٣ لسنة ١٢ قضائية " دستورية" ، مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا ، الجزء الخامس ، المجلد الأول ، ص١٧٩.

(٢) أشرنا إلى مضمون النص سابقا ص .

المطلب الثاني
ضوابط المحاكمة المنصفة

من حق جميع الخصوم في الدعوى الجنائية ان تكون المحاكمة عادلة، وهنا يقتضي ان يكون التنظيم القضائي سليماً، بأن تكون المحكمة مشكلة مسبقاً طبقاً للقانون، ووفقاً للضوابط والمعايير الدولية، وأن تكون مختصة، من حيث النوع و الشخص والمكان، وان تتشكل من عدد من القضاة مؤهلين للجلوس للقضاء، وفقاً للضوابط القانونية، وأن يكون قضاتها محصنين من كل تأثير يقع عليهم، بحيث لا يكون عليهم سلطان، او رقيب سوى استشعارهم رقابة الله ثم ما تحتمه ضمائرهم.

وقد عبرت المحكمة الدستورية العليا في مصر عن الضوابط التي تكفل تحقيق محاكمة عادلة، بأنها: "مجموعة من القواعد المبدئية التي تعكس مضامينها نظاماً متكامل الملامح، يتوخى بالأسس التي يقوم عليها صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه الأساسية، ويحول بضماناته دون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجها عن اهدافها ، وذلك انطلاقاً من إيمان الأمم المتحضرة بحرمة الحياة الخاصة، وبوطأة القيود التي تنال من الحرية الشخصية، ولضمان أن تتقيد الدولة عند مباشرتها لسلطاتها في مجال فرض العقوبة، صونا للنظام الاجتماعي بالأغراض النهائية للقوانين العقابية التي ينافيها، أن تكون إدانة المتهم هدفاً مقصوداً لذاته، أو ان تكون القواعد التي تتم محاكمته على ضوئها مصادمة للمفهوم الصحيح لإدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة، بل يتعين أن تلتزم هذه القواعد مجموعة من القيم التي تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية، التي لا يجوز النزول عنها، أو الانتقاص منها. وهذه القواعد - وإن كانت إجرائية في الأصل- إلا ان تطبيقها في مجال الدعوى الجنائية - وعلى امتداد مراحلها- يؤثر بالضرورة على محصلتها النهائية، ويندرج تحتها أصل البراءة..."[1] .

وواضح من حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر أن ضوابط المحاكمة المنصفة تتميز بثلاث خصائص هي[2] :

([1]) حكم المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٢ فبراير ١٩٩٢ في القضية رقم ١٣ لسنة ١٢ قضائية " دستورية" . مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا ، الجزء الخامس ، المجلد الأول ، ص١٨٠. جلسة ٢ ديسمبر ١٩٩٥ في القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية " دستورية"، الجزء السابع، ص ٢٨٥.

([2]) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري ، ط ٢٠٠٤ ، ص٤٢٣ -٤٢٤.

أولا: توخيها الأسس التي يقوم عليها صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه " الأساسية"

والملاحظ أن المحكمة الدستورية العليا استخدمت تعبير الحقوق الأساسية، وهو اصطلاح لم يرد له ذكر في الدستور المصري، ويقصد بالحقوق الأساسية، هي تلك الحقوق المقدسة التي يتعين حمايتها لصالح الإنسان من عدوان السلطة العامة، داخل الدولة التي يخاطب هذا الإنسان بأحكامها، والتي وردت في القواعد الدولية لحقوق الإنسان باعتبارها القاسم المشترك بين بني البشر، دون تمييز بينهم، لأي سبب من الأسباب، وباعتبار حمايتها الملزمة للدول كافة، تمثل الحد الأدنى الذي لا يجوز النزول عنه مطلقاً، للحفاظ على إنسانية الإنسان وكرامته المتأصلة في شخصه[1].

وذهب جانب من الفقه[2] إلى صعوبة استخلاص ما يمكن اعتباره حقوقاً اساسية بالمعنى القانوني، ولكن الحماية الدستورية للحقوق المستقاة من المواثيق الدولية تكشف طابعها الأساسي، ويضرب هذا الفقه مثلا بإيطاليا، حيث تعتبر حقوق أساسية كل الحقوق التي تنال حماية بواسطة المبادئ الدستورية، سواء نص عليها الدستور صراحة، أو استخلصت ضمناً رغم ورودها في قوانين عادية، وفي ألمانيا تعتبر حقوق اساسية الحقوق التي تهدف إلى حماية حرية الفرد في مواجهة تدخل السلطة العامة. وفي فرنسا يسود الاتجاه بأن الحقوق الأساسية هي التي تتمتع بالحماية الدستورية مما يعني أن الحقوق الأساسية لا تتصف بهذا الوصف إلا إذا قررها الدستور، وبالتالي ، فإن الحقوق الأساسية تكون هي الدستورية.

ونرى أن الحقوق الأساسية تستمد جذورها ايضاً من النظام الإسلامي القائم على احترام الكرامة الإنسانية.

ثانيا: اتصالها بالحرية الشخصية:

من خصائص المحاكمة المنصفة انها وثيقة الصلة بالحرية الشخصية، فالقضاء باعتباره الحارس الطبيعي لحماية الحرية الشخصية وسائر الحقوق والحريات، يعمل على تحقيق التوازن بين حماية الحرية الشخصية من جهة، وحماية حق المجتمع في الأمن والسكينة دون إفراط أو تفريط، فإذا كان المجتمع يهمه إدانة المجرمين

---

(1) انظر: استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص ٤٧ -٥١. القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، ص ٤٣٣ و٤٣٤. الدكتور خيري أحمد الكباش: " الحماية الجنائية لحقوق الإنسان"، مرجع سابق، ١٦.

(2) الدكتور أحمد فتحي سرور: " الحماية الدستورية" ، المرجع السابق، ص ٤٧و ٤٨.

ومعاقبتهم فإنه يتأذى من ان يدان برئ، وهو في هذا الأخير اشد عليه واظلم من إفلات مجرم من العقاب.

ومن الواضح أن حماية الحرية الشخصية خلال الخصومة الجنائية، لا ينال منها سوى الإدانة التي تصدر عن محاكمة منصفة تحترم كافة الضمانات وفي مقدمتها حقه في أصل البراءة و كفالتها حقوق الدفاع.

ثالثاً: اعتمادها على قيم دستورية تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية وفي مقدمتها أصل البراءة.

لا تتحقق محاكمة منصفة ما لم يتم الاعتماد على أصل البراءة عند إدارة المحاكمة، فمعاملة المتهم بما يشير إلى أنه مذنب، أو حرمانه من حق الدفاع أو عدم إفساح المجال امامه لمناقشة الشهود أو حقه في استدعاء شهود نفي او عدم محاكمته امام قاضيه الطبيعي ، كل ذلك يخل بأصل البراءة وبالتالي تصبح المحاكمة خالية من معايير العدل والإنصاف.

ولا ريب أن هذه الخصائص الثلاث تؤكد أن المحاكمة المنصفة لا بد أن تكفل الضمانات الدستورية للحقوق والحريات في وسائل تحقيق الهدف من هذه المحاكمة، وهو كشف الحقيقة ومعاقبة الجاني، وكلها ضمانات تنبثق من احترام كرامة الإنسان، وهو ما يوجب احترام الحرية الشخصية، وكفالة سائر حقوق الإنسان[1] .

المبحث الثاني

إنهاء المحاكمة خلال فترة معقولة

تمهيد وتقسيم :

ليس من شك أن الحماية الجنائية لأصل البراءة، تقتضي أن يتم محاكمة المتهم خلال فترة معقولة. تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه[2] .

ويهدف هذا الضمان إلى تحقيق مصلحتين: المصلحة العامة، حيث تحقق سرعة الانتهاء من المحاكمة الجنائية تحقيق الردع العام، من خلال توقيع العقاب اللائم في حالة الإدانة، كما يوفر للدولة الجهد والمال.وفي ذات الوقت يحقق مصلحة للمتهم

([1])استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري ،مرجع سابق ، ص٤٣٤.

([2])voir: Jean PRADEL :" La durée des procédures", op.cit. p. 148 et s .

حيث يهدف إلى ضمان اختصار فترة القلق التي يكابدها المتهم، خوفاً على مصيره والمعاناة التي يقاسيها من جراء الوصمة، التي تلحق به نتيجة اتهامه بارتكاب فعل جنائي،مما يشكل اعتداءً على حقه في أصل البراءة[1].

كما يكفل هذا الضمان البت في مصير المتهم، دون تأخير لا مبرر له، مما يضمن عدم المساس بحقه في الدفاع عن نفسه، بسبب انقضاء فترة زمنية مفرطة في الطول قد تتلاشى تفاصيل الوقائع من ذاكرة الشهود، أو تتشوه، أو قد يتعذر إيجادهم أو تتلف الأدلة الأخرى او تختفي[2].

ويجسد الحق في سرعة المحاكمة في عبارة موجزة جرت عليها السنة الفقهاء مفادها، ان "العدالة البطيئة نوع من الظلم."

ووفقاً لذلك فإننا سوف نناقش ضمانات إنهاء المحاكمة خلال فترة معقولة من خلال ثلاثة مطالب: نبين في المطلب الأول سند هذا الحق. وفي المطلب الثاني نبين نطاق هذا الحق. وفي المطلب الثالث نناقش فيه الإخلال بالحق في محاكمة عادلة.

المطلب الأول

سند الحق في المحاكمة خلال فترة معقولة

أولاً :سند هذا الحق في المواثيق الدولية :

مع أن الحق في محاكمة عاجلة في الدعاوى الجنائية مرتبط بالحق في الحرية والحق في أصل البراءة، وحق المرء في الدفاع عن نفسه.إلا ان هذا الحق قد كفلته المواثيق الدولية والإقليمية للشخص المتهم بارتكاب جريمة من الجرائم، ايا كانت جسامة الجريمة.

والحق في محاكمة خلال فترة معقولة، دون تأخير لا مبرر له، ضروري لتحقيق توازن حقيقي بين حماية الحقوق والحريات القائمة على أصل البراءة، وتحقيق مقتضيات حماية المصلحة العامة المتمثلة في كشف الجريمة ومعاقبة الجاني.

وقد نصت المادة ٣/١٤، من "العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية"، في الفقرة الثالثة منها على هذا الحق، حيث نصت على حق كل متهم بجريمة أن يتمتع أثناء

([1]) انظر : استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري " ، ط ٢٠٠٤ ، مرجع سابق ص٥٠٤.

([2]) دليل المحاكمات العادلة.

النظر في قضيته وعلى قدم المساواة التامة بضمان محاكمته دون تأخير لا مبرر له"[1].

وينصرف مفهوم المحاكمة دون تأخير لا مبرر له، إلى ضرورة سير المحاكمة حتى يصدر حكم نهائي دون تأخير لا مبرر له، وليس فقط التأخير في بدء المحاكمة[2].

وعبرت الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان عن هذا الحق في المادة السادسة الفقرة الأولى[3] منها، بقولها: " لكل شخص.. الحق في محاكمة علنية عادلة خلال مدة معقولة أمام محكمة مستقلة غير منحازة مشكلة طبقاً للقانون".

وهو التعبير ذاته الذي تضمنته الفقرة الأولى من المادة الثامنة من "الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان".

ويلاحظ أن التعبير الذي استخدمته وثيقة العهد الدولي للحقوق المدنية هو " المحاكمة دون تأخير لا مبرر له "، بخلاف تعبير كل من الاتفاقية الأوربية والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، حيث استخدمتا تعبير " المحاكمة خلال مدة معقولة ".

والواقع ان كلا التعبيرين ليس ذي أهمية في التطبيق العملي.والشرط الأساسي في تلك الوثائق هو ضرورة مراعاة التوازن بين حق المتهم في مساحة زمنية وتسهيلات كافية لإعداد دفاعه عملاً بأصل البراءة، وضرورة البدء في نظر الدعوى وإصدار الحكم (في جميع مراحل الحكم)، دون اي تأخير لا مبرر له.

ثانياً :سند هذا الحق في القانون المقارن:

١-في فرنسا:

تمشيا مع ما جاء في الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان في المادتين الخامسة البند الثاني والمادة السادسة البند الأول، فقد تضمنت المادة التمهيدية المضافة إلى قانون

---

(1) وانظر في ذلك ايضاً المادة ٦٧/١ من "النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية"، حيث قضت بان تجري محاكمة المتهمين بارتكاب جرائم "دون تأخير لا مبرر له.

(2)Seeing:Adolfo Drescher Caldas v. Uruguay (43/1979) (21 July 1983), Selected Decisions , vol.2, p.80

(3) وهذا الحق تضمنته كذلك المادة ٣/٥ من الاتفاقية الأوربية غير ان نص هذه المادة تعلق بصفة خاصة بالمدة المعقولة للحبس المؤقت قبل المحاكمة،حيث جرى نصها على انه، " يقدم كل شخص قبض عليه او تم حبسه مؤقتا ان يقدم على وجه السرعة إلى أحد القضاة.

الإجراءات الجنائية الفرنسي بموجب قانون تدعيم " قرينة" البراءة الصادر في ١٥ يونيه ٢٠٠٠ جملة من المبادئ، من بينها النص على وجوب الفصل نهائيا في الاتهام الموجه لكل مشتبه فيه، او مُلاحق جنائيا خلال فترة معقولة[١].

٢- في مصر:

كفل الدستور المصري، حق الفصل في الدعاوى على وجه السرعة،حيث نصت المادة ٦٨من الدستور بأن " التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا".

وبطبيعة الحال فإن واجب سرعة الفصل في القضايا - حسب منطوق النص- يسري على كافة الدعاوى، سواء الجنائية أو المدنية أو التأديبية، إلا أن السرعة تعد اوجب في القضايا الجنائية[٢].

٣- في اليمن:

لم يشر الدستور اليمني إلى هذا الحق لا من قريب، ولا من بعيد. كما لم يتطرق إليه قانون الإجراءات الجزائية اليمني أو قانون السلطة القضائية، وهذا -من وجهت نظرنا- خلل يقتضي معالجته بنص قانوني يؤكد على هذا الحق. ومع ذلك فإن اليمن ملزمة بإعمال هذا الحق بموجب نص المادة ٣/١٤ من "العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية"،حيث صادقت عليه، وأكدت على العمل به، وبغيره من قواعد القانون الدولي المعترف بها بحسب نص المادة السادسة من الدستور اليمني .

المطلب الثاني

نطاق حق المتهم في أن يحاكم خلال مدة معقولة

إذا كان مبدأ إنهاء المحاكمة خلال فترة زمنية معقولة، قد تأكد في المواثيق العالمية والإقليمية، فإنه يثير مجموعة من التساؤلات التي تقتضي التصدي لها من خلال هذه الدراسة. وأول هذه التساؤلات تتعلق بما إذا كان هناك من صعوبات

---

(١)Article préliminaire (inséré par Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 1 Journal Officiel du 16 juin 2000) III. - ... Il doit être définitivement statué sur l'accusation dont cette personne fait l'objet dans un délai raisonnable.

(٢) الدكتور شريف سيد كامل : " الحق في سرعة الإجراءات الجنائية" ، مرجع سابق ، ص٢٢.

تعرض الحق في سرعة المحاكمة ام لا؟ وثاني التساؤلات يتعلق بمفهوم المدة المعقولة، لإنهاء المحاكمة.ومتى تغدو المدة معقولة؟ وهل هناك معيار محدد نستطيع ان نعتمد عليه في قولنا بأن المحاكمة قد تحققت في فترة زمنية معقولة ام لا؟وثالث التساؤلات يتعلق بالأشخاص الذين يقتضي محاكمتهم على وجه السرعة؟ وهل هناك من فرق بين محاكمة الشخص الموضوع رهن الحبس الاحتياطي، وآخر حر طليق ام لا؟

وسوف نجيب عن تلك التساؤلات من خلال النقاط التالية:

اولاً: مشكلات بطء إجراءات المحاكمة :

لا ريب ان التأخير في إجراءات المحاكمة يمثل مشكلة تستعصي على الحل في كثير من الدول[1].

وتتعدد أسباب التأخير في إجراءات المحاكمة، فقد تكون الأسباب ناتجة عن ازدياد حجم الظاهرة الإجرامية، وبالتالي تؤثر سلبا على قدرة المحاكم الجنائية في التصدي للقضايا. والفصل فيها خلال مدة معقولة[2]، وهو ما قد يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المطلوب لتحقيق العدالة الجنائية .

ومما يدلل على قيام تلك المشكلة، ما ذكره وزير العدل المصري في مؤتمر تطوير العدالة الجنائية المنعقد في القاهرة في أكتوبر عام ٢٠٠٢، من أن عدد القضايا التي عرضت امام المحاكم خلال العام القضائي المنصرم، بلغ اثنا عشر مليون قضية...، واثبتت الإحصائيات ان بعض المحاكم الجزئية في مصر، تنظر في الشهر الواحد حوالي ١١الف و١٣٢ قضية، بمعدل يفوق عن ٣٧٠ قضية يومية[3].

وهناك اسباب اخرى تؤدي إلى بطء إجراءات المحاكمة منها ما يرجع إلى المتهم ومحاميه، نتيجة تأخره في تحديد المحامي، أو تبديله بمحام آخر، او تاخر المحامي نفسه في الإطلاع على أوراق القضية، وإعداد أوجه الدفاع عن المتهم. ومنها ما يرجع

---

(1) انظر : الدكتور غنام محمد غنام : " حق المتهم في محاكمة سريعة " ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣ ، ص٢١.

(2)Jean PRADEL:"La Célérité de la procédure pénale en droit comparé",R.I.D.P. 1995, p.324.

(3) منشور في جريدة الأهرام "المصرية" بتاريخ ٨ نوفمبر سنة ٢٠٠٢ ص٢٤. نقلا عن الدكتور شريف سيد كامل : " الحق في سرعة الإجراءات الجنائية" ، مرجع سابق ، ص١٣.

للجهات المساندة لأعمال القضاء، كالخبراء والأطباء الشرعيين وخبراء العامل الجنائية.. وغيرهم، ممن يتصلون بالأعمال القضائية ، وتؤدي إلى البطء في إجراءات المحاكمة، ومنها ما يرجع إلى التشريع ذاته عندما يتيح الفرصة للتلاعب بالنصوص واستغلال الثغرات القانونية وتكون سبب في بطء الإجراءات[1].

ولكن مهما كانت الأسباب التي تؤدي إلى التأخير في إجراءات المحاكمة، فإن الالتزام الواقع على الدولة بالإسراع في نظر الدعاوى القضائية يغدو اكثر إلحاحاً بالنسبة لأي شخص يتهم بارتكاب فعل جنائي، وتقيد حريته على ذمة قضية من القضايا الجنائية، فعندما يكون المرء محبوساً احتياطياً، يغدو التأخير معقولاً، كلما قلت مساحته الزمنية.

وتقضي المعايير الدولية بالإفراج عن أي شخص متهم بارتكاب فعل جنائي تم توقيفه ريثما تتم محاكمته، متى تجاوزت فترة توقيفه على ذمة القضية، الحد الذي يعتبر معقولاً، وفقاً لملابسات الحالة[2].

ولا يعتمد الحق في المحاكمة في غضون فترة زمنية معقولة على مطالبة المتهم للسلطات بأن تسرع في نظر الدعوى، ورغم أن المتهم يدفع بأن الإجراءات لم تتم في غضون فترة زمنية معقولة، فإنه ليس مضطراً، لأن يدلل على أن التأخير قد ألحق به ضرراً معيناً[3].

ثانيا : فكرة المدة المعقولة للمحاكمة كأساس لحماية أصل البراءة:

في الواقع لا يوجد تعريف محدد يوضح مفهوم المدة المعقولة المشار إليها في كل من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان التي ذكرناها سابقا،كما أنها لم تتضمن طريقة حساب تلك المدة، وحدودها، ومتى يعتبر تخطي هذه المدة مخالفة للمدة المعقولة.

وبالتالي يمكننا أن نعرف المدة المعقولة للمحاكمة الجنائية- بأنها تلك المدة التي تحتاجها الدعوى الجنائية، للفصل فيها دون تسرع يخل بالحقوق، أو تأخير يمس

---

(1) انظر تفصيلاً، الدكتور احمد صدقي محمود : " المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي "، مجلة الشريعة والقانون — جامعة الإمارات العربية المتحدة-، العدد العاشر ، جمادي الثاني/ رجب ١٤١٧هـ - نوفمبر ١٩٩٦م، ص ١٢٢ وما بعدها.

(2) انظر دليل المحاكمات العادلة

(3) المرجع السابق نفسه.

باصل البراءة بلا مبرر.

وقد لوحظ انه من الصعب التحديد على وجه الدقة لمدة زمنية محددة، بانقضائها يمكن القول بأن الحق في محاكمة خلال مدة معقولة قد تم مخالفتها، حيث يختلف ذلك باختلاف القضايا، وما يعتريها من بساطة، أو تعقيد. وما يلابسها من ظروف تختلف من قضية إلى اخرى[1].

ويتم تقييم الحد الزمني المعقول -وفقا للمعايير الدولية- بناءً على ملابسات كل حالة على حدة. والأركان التي يلتفت لها في هذا السياق، تشمل ما يلي: حبس المتهم من عدمه[2]، وتعقيد القضية،وسلوك المتهم، وسلوك السلطات.

وقد قضت العديد من احكام المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان بأن المحاكم الوطنية لغالبية بلدان الاتحاد الأوربي قد تجاوزت الحد الزمني المعقول للمحاكمة مما يشكل انتهاكاً للمادتين " ١/٦، ١/٥" من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان. ومن امثلة ذلك حكمها ضد ايطاليا في احدى القضايا، بأن المحاكمة التي استغرقت فترة

---

(1) Luc DECLERCQ: " Le délai raisonnable ou le retard excessif dans les affaires pénales: article 6, alinéa 1er de la convention européenne des droits de l'homme", R.D.P.C. 1989, p. 595.

(2) هناك مجموعتان من المعايير التي تقضي بضرورة بدء المحاكم في غضون فترة زمنية معقولة. وكلتاهما مقيدة باصل البراءة الذي يقضي بأن كل المتهم هو بالأصل بريء حتى تثبت إدانته ".
والمجموعة الأولى منهما تنطبق على المحتجزين، وهي تقضي بضرورة تقديمهم إلى المحاكمة في غضون فترة زمنية معقولة او الإفراج عنهم. وهذا الحق مصون بموجب الضمانات المحددة في المادة ٣/٩ من "العهد الدولي، والمادة ٥/٧ من "الاتفاقية الأمريكية" والمادة ٣/٥ من "الاتفاقية الأوروبية". وينبع هذا الحق من ان الأصل في المتهم البراءة وما ينبثق عنه من حقوق وفي مقدمتها الحق في الحرية الشخصية، الذي يقضي بأن اي شخص يحتجز على ذمة قضية ان تعطى أولوية لقضيته وأن تتم الإجراءات على نحو سريع جداً.
اما المجموعة الثانية، التي تنطبق على اي شخص يتهم بارتكاب فعل جنائي، سواء اكان محتجزاً ام غير محتجز، فتقضي بضرورة عقد جميع المحاكمات دون اي تأخير غير ضروري. والغرض الأساسي من هذا الا يتعرض الأشخاص المحتجزين على ذمة قضية او بتهمة جنائية للمعاناة من الإحساس بالقلق لفترة طويلة بلا ضرورة والحيلولة دون ضياع الأدلة او العبث بها - وهو الغرض الأساسي للضمانات المحددة في المادة ٣/١٤ من "العهد الدولي" والمادة ١/٨ من الاتفاقية الأمريكية والمادة ١/٦ من "الاتفاقية الأوروبية".
والإفراج عن المحتجز المحبوس على ذمة قضية بسبب عدم بدء المحاكمة في غضون فترة زمنية معقولة لا يعني وجوب إسقاط التهمة عنه، بل أن يفرج عنه إلى حين محاكمته. وبعض المعايير، ومنها المادة ٣/٩ من "العهد الدولي"، والمادتان ٥/٧ و٣/٥ من "الاتفاقية الأوروبية"، تجيز تعليق الإفراج على ضمانات لكفالة مثوله امام المحكمة (مثل الإفراج بكفالة وغير ذلك من انواع الضمانات). انظر دليل المحاكمات العادلة الفصل التاسع عشر.

تصل إلى ثلاثة عشرة سنة واربعة اشهر قد تجاوزت الحد المعقول للتاخير. وكذلك قضت في حكم آخر استغرقت فيها المحاكمة مدة ست سنوات انها تجاوزت المدة الزمنية المعقولة. وقضت في حكم آخر لها ضد فرنسا في قضية Dobbertin ، حيث استغرقت إجراءات المحاكمة مدة تصل تقريبا ثلاثة عشر سنة[1]. وهناك العديد من القضايا التي ادينت فيها فرنسا، بسبب التجاوز المفرط للمدة الزمنية المعقولة في المحاكمة[2].

ثالثاً: بدء حساب المدة المعقولة للمحاكمة:

بصدد حساب بدء المدة المعقولة للمحاكمة، ذهبت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، إلى أن المدة الزمنية التي تؤخذ في الاعتبار عند تحديد ما إذا كانت المدة المعقولة بنظر الدعوى والمحاكمة قد احترم، أم لا. إنما يبدأ منذ اللحظة التي يخطر فيها بأن السلطات تتخذ خطوات محددة لإقامة الدعوى القضائية ضده. وتنتهي عندما تستنفد جميع سبل الطعن في الحكم الصادر ويصبح الحكم باتاً، سواء بالإدانة او البراءة ، بمعنى انه يدخل في حسابها كافة مراحل الدعوى بما في ذلك المدة التي تستغرقها طرق الطعن إلى أن يصير الحكم باتاً[3].

وقالت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في تحديد بدء حساب المدة المعقولة، بأن هذا الضمان لا يتصل فحسب بالوقت الذي ينبغي أن تبدأ فيه المحاكمة، بل بالوقت الذي سوف تنتهي فيه المحاكمة، وحتى يصير الحكم نهائياً. وذهبت اللجنة المعنية أيضاً إلى انه لتفعيل هذا الحق، يجب وضع إجراء يمكن الاستعانة به من أجل ضمان بدء المحاكمة "دون تأخير لا مبرر له "، امام المحكمة الابتدائية، وأمام محاكم الاستئناف على السواء[4].

---

(1)voir:Wolfgang PEUKERT :" La célérité de la procédure pénale, la Jurisprudence des organes de la convention européenne des droits de l'homme", R.I.D.P.1995, p.674 et 675.

(2) Jean PRADEL: La durée des procédures, op. cit. p. 147.

(3)Luc DECLERCQ:" Le délai raisonnable ou le retard excessif dans les affaires pénales: article 6, alinéa 1er de la convention européenne des droits de l'homme", R.D.P. 1989, p.599.

Michel PUECHAVY:"L'Article 6 de la convention européenne des droits de l'homme et la médiation pénale, Archives de politique criminelle",N°15,1993, p.30.

(4)انظر دليل المحاكمات العادلة الفصل التاسع عشر.

ويظهر من ذلك إن نقطة البداية في احتساب المدة المعقولة للمحاكمة تكون قبل دخول الدعوى حوزة المحكمة، وتستمر حتى يصير الحكم باتاً.

رابعاً- ضوابط المدة المعقولة في المعايير الدولية :

سبق القول بأن كل من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لم يرد فيهما ذكر عن المعيار الذي يمكن الاستناد إليه بشكل دقيق، للقول بأن المدة المعقولة قد تم مراعاتها ام لا.

بيد أن المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، وكذا المحكمة الأمريكية الدولية. قد وضعت ثلاثة ضوابط لتقدير المدة المعقولة، ومن خلالها يمكن ان نستشف وجود او عدم وجود مخالفة للحق في المحاكمة خلال فترة معقولة.

وتتمثل هذه الضوابط في الآتي:

الضابط الأول :تعقيد القضية :

من العوامل التي تؤخذ في الاعتبار لتحديد ما إذا كانت الفترة التي تمت خلالها الإجراءات معقولة أم لا، تعقيد القضية وما يعتريها من ملابسات، ومن ذلك: طبيعة وخطورة الجريمة المرتكبة، وعدد التهم المنسوبة للمتهم، وطبيعة التحقيق المطلوب وعدد الأشخاص المزعوم تورطهم في ارتكاب الجريمة. وعدد الشهود[1].

ومن أمثلة الجرائم التي تثير التعقيد الجرائم الاقتصادية، وجرائم المخدرات التي تشمل عدداً من المتهمين، والقضايا ذات الجوانب الدولية. وتلك التي تتضمن جرائم قتل متعددة، أو تتعلق بأنشطة إرهابية. فالتحقيق في هذه الجرائم، اكثر صعوبة وتعقيداً من القضايا الجنائية الروتينية البسيطة، وبالتالي، فإن الحد الزمني المعقول في الوقائع الأكثر تعقيداً، أطول من الوقائع التي هي أقل تعقيداً [2].

ففي قضية شملت ٧٢٣ متهماً و٦٠٧ أفعال جنائية، انتهت المحكمة الأوروبية إلى أنه من المعقول، أن يستمر نظر الدعوى أمام المحكمة الابتدائية حوالي ثماني سنوات ونصف. ومع هذا، فقد اعتبرت أن فترات التأخير والتعطيل التالية، ومن بينها فترة السنوات الثلاث، التي استغرقتها المحكمة العسكرية، لإعداد مذكرة أسباب الحكم

---

(1)Christian VALKENEER de et Henri D. BOSLY: " La célérité dans la procédure *pénale en droit Belge, R.I.D.P. 1995, p. 450.*

(2)Christian VALKENEER de et Henri D. BOSLY: ibid.p.450.

ودعاوى الاستئناف التي اقيمت أمام محكمتين، واستمرت اكثر من ست سنوات، قد تجاوزت الحد المعقول من الزمن[1].

الضابط الثاني: سلوك المتهم:

ليس المتهم مرغماً على التعاون في الإجراءات الجنائية، إذ الأصل فيه البراءة كما لا يرغم على التنازل عن اي من حقوقه الإجرائية المكفولة،كحقه في طريقة الدفاع عن نفسه. ومع هذا، فإن سلوكه خلال نظر وقائع الدعوى، يؤخذ في الاعتبار عند البت فيما إذا كانت الإجراءات قد نفذت دون تأخير لا مبرر له أم لا.

فمحاولة المتهم للفرار، وامتناعه عن التعاون،(كأن يرفض مثلاً اختيار محام او عدم حضور جلسات المحكمة)، تعتبر انواعاً من التأخير لا دخل للسلطات فيه وتخصم مدة هذه التأخيرات، عند تحديد ما إذا كانت الإجراءات قد تمت في غضون مدة زمنية معقولة. وعلاوة على ذلك، فإن الطلبات المقدمة من المتهم، التي لا لزوم لها، ولا توجد اية فرصة لنجاحها منذ البداية، تعتبر محاولات متعمدة لتعويق سير القضية[2].

الضابط الثالث: سلوك السلطات المختصة:

يقع على عاتق السلطات القضائية المختصة واجب الإسراع بنظر الدعوى، وإذا تقاعست عن مباشرة الإجراءات في اية مرحلة بسبب الإهمال، او سمحت بالتباطؤ في التحقيق، او في وقائع نظر الدعوى، او استغرقت وقتاً يجاوز الحد المعقول لإتمام بعض التدابير المعينة، فيمكن اعتبار المساحة الزمنية لنظر القضية قد استغرقت فترة تجاوز الحد المعقول. وبالمثل، إذا أعاق نظام العدالة الجنائية المتبع النظر السريع للقضايا فيمكن اعتبار ذلك انتهاكاً لحق المتهم في الانتهاء من محاكمته في غضون فترة زمنية معقولة[3].

وفي هذا الصدد اعتبرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، أن انقضاء خمسة عشر شهراً ونصف، بين رفع دعوى الاستئناف، وإحالتها إلى مسجل محكمة الاستئناف ذات

---

(1) انظر دليل المحاكمات العادلة الفصل التاسع عشر.

(2) Luc DECLERCQ:" Le délai raisonnable ou le retard excessif dans les affaires pénales: article 6, alinéa 1er de la convention européenne des droits de l'homme, R.D.P.C. 1989, p. 592 et 593.

(3) الدكتور شريف سيد كامل: " الحق في سرعة الإجراءات الجنائية" ، مرجع سابق ، ص ٤٩ و ٥٠.

الصلة، فترة تجاوز الحد المعقول، حيث قدمت السلطات تفسيرات غير مرضية لتبرير هذا التأخير[1].

الضابط الرابع: اختلاف المدة المعقولة في حالة حبس المتهم على ذمة القضية:

من الضوابط التي يتوقف تحديد طول الفترة المعقولة وضع المتهم، وما إذا كان حراً او محبوساً على ذمة القضية، حيث يجوز أن يكون طول المدة التي تعتبر معقولة للتقديم للمحاكمة في حالة الشخص المحبوس، أقصر منها في حالة الشخص غير المحتجز.

وفي هذا الصدد، قالت اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان: إنه على الرغم من أن طول الفترة السابقة على المحاكمة قد يعد معقولاً بموجب المادة ١/٦ من "الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان"، فإنه قد لا يعد كذلك بموجب الفقرة الثالثة من المادة الخامسة، لأن الهدف هو الحد من طول فترة توقيف المتهم وليس الدعوة إلى الإسراع بالمحاكمة فحسب"[2].

وقضت المحكمة الأوروبية أن من حق المتهم المحبوس على ذمة قضية، ان تنظر قضيته بالسرعة اللازمة، بكل ما تدل عليه كلمة السرعة من معنى، مع سعي السلطات لأداء مهامها بمنتهى الحرص والعناية. وانتهت المحكمة إلى أن المادة ٣/٥ من "الاتفاقية الأوروبية" لم تنتهك في الحالة التي حبس فيها مهرب مخدرات أجنبي على ذمة قضية. لأكثر من ثلاث سنوات، بسبب الخوف المستمر من ان يفر، ولأن طول

---

(١) وقد وجدت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان ان المادة ١٤ من "العهد الدولي" قد انتهكت في حالة استغرق فيها نظر دعوى الاستئناف في كندا حوالي ثلاث سنوات، وكان السبب الأول في ذلك التأخير هو ان إعداد محاضر جلسات المحاكمة استغرق ٢٩ شهراً. انظر : دليل المحاكمات العادلة الفصل التاسع عشر.

(٢) وفي حالة شخص اشتبه في ارتكابه لجريمة قتل في بنما، واحتجز بدون كفالة لمدة ثلاث سنوات ونصف قبل أن تظهر براءته، قالت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان "يجب الإسراع بقدر المستطاع بمحاكمة المتهمين في القضايا التي تتعلق بتهم خطيرة مثل القتل الخطأ او القتل العمد، حيث ترفض المحكمة الإفراج عن المتهمين بكفالة".

وخلصت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان إلى أن احتجاز شخص ما متهم بارتكاب جريمة قتل عقوبتها الإعدام لمدة ستة اشهر قبل بدء المحاكمة، دون أي تفسير مقبول من الدولة او اي مبرر يمكن تمييزه في ملف الدعوى، يمثل انتهاكاً لحقه في المحاكمة في غضون فترة زمنية معقولة او الإفراج عنه[2].

وقالت المحكمة الأمريكية الدولية إنها تعتبر ان من الظلم تجريد الفرد من حريته لفترة لا تتناسب مع العقوبة المقررة للفعل الجنائي الذي اتهم بارتكابه. وفي حالة " سواريز روزيريو" رأت المحكمة ان الاحتجاز لفترة ثلاث سنوات وستة اشهر يمثل انتهاكاً لأصل البراءة.

انظر دليل المحاكمات العادلة الفصل التاسع عشر.

المدة التي قضاها في الحجز، لم تكن راجعة لتوانٍ من جانب السلطات في بذل "جهد خاص" من اجل مباشرة الإجراءات[1].

ولا غرو أن تلك الضوابط قد وردت على سبيل المثال لا الحصر، وتقدير معقولية المدة اللازمة للمحاكمة مسألة تتعلق بالواقع، وتدخل ضمن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع[2].

خامسا: المدة المعقولة في قضاء محكمة النقض الفرنسي:

من اللاحظ أن محكمة النقض الفرنسية كانت قد رفضت أن يترتب على مخالفة الحق في المحاكمة خلال فترة معقولة بطلان الإجراءات، أو حتى تخفيف العقوبة، وهو ما قد يشكل خروج على نص المادة٦/١ من الاتفاقية الأوربية، وقالت: إنه من الجائز لمن لحقه ضرر من جراء تجاوز المدة المعقولة للمحاكمة، أن يطلب من المحاكم الوطنية المختصة الحصول على تعويض عن ذلك الضرر، أو عند اللزوم عليه أن يعرض دعواه على اللجنة الأوربية لحقوق الإنسان[3].

ولا شك أن محكمة النقض الفرنسية سوف تغير من موقفها بعد إدخال تعديلات على قانون الإجراءات الجنائية بمقتضى قانون ١٥ يونيو سنة ٢٠٠٠، حيث أضفى المشرع الفرنسي نصاً صريحاً يؤكد بموجبه على حق المتهم في محاكمته خلال مدة معقولة. ووضع- كما سبق أن أوضحنا - مبدأ معينة للعمل على سرعة مباشرة الإجراءات في المراحل السابقة على المحاكمة، وكذلك فعل في مرحلة المحاكمة وبالأخص إذا كان المتهم محبوساً مؤقتاً[4]، حيث يترتب على انقضاء المدة المحددة -قانوناً- وجوب الإفراج عن المتهم، خلال سير الدعوى[5].

وفي مرحلة المحاكمة، ألزم المشرع الفرنسي بحسب نص المادة ٣٩٧-٣[6] محكمة

---

(1) دليل المحاكمات العادلة،مرجع سابق.

(2)Luc DECLERCQ: " Le délai raisonnable ou le retard excessif dans les affaires pénales", op. cit. p. 590.

(3) voir: Régis de GOUTTES:" La convention européenne des droits de l'homme le juge français", R.I.D.C. 1999, P. 15.

(4) انظر ما سبق في الفصل الأول من هذا الباب.

(5)Sophie BOURGUIGNON :" Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence d'après la loi française du 15 juin 2000. (Aperçu des dispositions relatives à l'enquête, à l'instruction et au jugement), R.P.S. 2001, p. 183.

(6)Article 397-3: (loi n° 81-82 du 2 février 1981 art. 51-i Journal Officiel du 3

الموضوع، ان تصدر حكمها في الدعوى خلال مدة شهرين[1] تبدا منذ مثوله لأول مرة امام المحكمة، وذلك إذا كان المتهم محبوساً مؤقتاً بواسطة المحكمة ، وإذا انقضت المدة المحددة دون ان يكون قد صدر حكم بحقه تعين الإفراج عنه فوراًما لم يكن هناك سبب آخر يقتضي بقاءه محجوزاً. وقد استثنى للشرع الفرنسي من هذه المدة، فأجاز ان يمد الحبس، بحيث لا يزيد على اربعة اشهر، وذلك في حال كانت العقوبة المقررة للجرم محل الاتهام، أعلى من سبع سنوات سجناً (الفقرة الثانية من المادة ٣٧٩-١ من قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لآخر تعديل)[2].

février 1981) (loi n° 84-576 du 9 juillet 1984 art. 16 et art. 19 Journal Officiel du 10 juillet 1984 en vigueur le 1er janvier 1985) (Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 206 Journal Officiel du 5 janvier 1993 en vigueur le 1er mars 1993) (Loi n° 94-89 du 1 février 1994 art. 17 Journal Officiel du 2 février 1994 en vigueur le 2 février 1994) (Loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996 art. 12 Journal Officiel du 1er janvier 1997 en vigueur le 31 mars 1997) (Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 66 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001) (Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 art. 40 Journal Officiel du 10 septembre 2002 rectificatif JORF 24 décembre 2002) " Dans tous les cas prévus par le présent paragraphe, le tribunal peut, conformément aux dispositions de l'article 141-1, placer ou maintenir le prévenu sous contrôle judiciaire. Cette décision est exécutoire par provision.

Dans les cas prévus par les articles 395 et suivants, le tribunal peut également placer ou maintenir le prévenu en détention provisoire par décision spécialement motivée. La décision prescrivant la détention est rendue suivant les modalités prévues par les articles 135, 137-3, premier alinéa et 464-1 et est motivée par référence aux dispositions des 1°, 2° et 3° de l'article 144. Elle est exécutoire par provision.

Lorsque le prévenu est en détention provisoire, le jugement au fond doit être rendu dans les deux mois qui suivent le jour de sa première comparution devant le tribunal. Faute de décision au fond à l'expiration de ce délai, il est mis fin à la détention provisoire. Le prévenu, s'il n'est pas détenu pour une autre cause, est mis d'office en liberté.

Lorsqu'il a été fait application des dispositions du deuxième alinéa de l'article 397-1, le délai prévu à l'alinéa précédent est porté à quatre mois.

(١) كان النص القديم الصادر في عام ١٩٩٣ يتضمن ذات الفترة اي يكون الحكم خلال شهرين ثم عدل هذا النص بموجب قانون تدعيم قرينة البراءة ليصبح الحكم خلال شهر واحد منذ مثوله الأول امام المحكمة، ثم عاد المشرع الفرنسي من جديد لينص على مدة الشهرين كاقصى مدة يجب بعدها الإفراج عن المتهم المحبوس بموجب قانون ٢٠٠٢ .

(٢)Article 397-1: (loi n° 81-82 du 2 février 1981 art. 51-i Journal Officiel du 3 février 1981) (loi n° 83-466 du 10 juin 1983 art. 25 Journal Officiel du 11 juin 1983 en vigueur le 27 juin 1983) (Loi n° 86-1019 du 9 septembre 1986 art. 8 Journal Officiel du 10 septembre 1986 en vigueur le 1er octobre 1986) (Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 224 Journal Officiel du 5 janvier 1993 en vigueur le 1er mars

وهذا المدة التي قررها المشرع الفرنسي، تعد -من وجهة نظرنا- متوازنة مع ما ينبغي ان تكون عليه الإجراءات المقيدة للحرية والعقوبة المقررة للجرم في حالة الإدانة إذ من الظلم تجريد الفرد من حريته لفترة لا تتناسب مع العقوبة المقررة للفعل الجنائي الذي اتهم بارتكابه.

ومن الجدير بالذكر، ان الإفراج عن المتهم، بسبب عدم المحاكمة في غضون فترة معقولة، ليس معناه ان التهمة قد اسقطت عنه، بل يفرج عنه إلى حين صدور حكم في القضية محل النظر، ويبقى الشخص تحت الرقابة القضائية خلال هذه المدة[١]. كما يجوز الإفراج عنه بكفالة، أو بغير كفالة وفقا للمادة ٣/٥ من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان[٢].

سادساً :الأثر المترتب عن الإخلال بالحق في المحاكمة خلال مدة معقولة

الحقيقة ان كل من الدستور والقانون المصري، وكذا اليمني لم يتطرقا للحالات التي يحدث فيها انتهاك للحق في محاكمة خلال المدة المعقولة.كما لم يعرض على القضاء -بحسب مطالعتي- حالات تثور فيها مثل هذه المشكلة ،وذلك لسبب بسيط، هو عدم وجود نص يلزم القاضي بالحكم في الدعوى في وقت محدد، ومعاقبة من يقصر في ذلك. ولا يوجد سوى ما نص عليه من واجب السرعة.

ولكن المواثيق الدولية التي تتمتع بقوة إلزامية، قد كفلت هذا الحق وفي مقدمتها المعاهدة الدولية للحقوق المدنية والسياسية، حيث صادقت عليها كِلا البلدين.وبالتالي، هما ملزمتان بإعمال هذا الضمان[٣].وكذلك كفلت هذا الحق المعاهدة الأوربية لحقوق الإنسان وهي ملزمة بالنسبة لدول الإتحاد الأوربي، وبطبيعة الحال فرنسا.

1993) (Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 art. 40 Journal Officiel du 10 septembre 2002) (Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 art. 128 IV Journal Officiel du 10 mars 2004)............" Lorsque la peine encourue est supérieure à sept ans d'emprisonnement, le prévenu, informé de l'étendue de ses droits, peut demander que l'affaire soit renvoyée à une audience qui devra avoir lieu dans un délai qui ne peut être inférieur à deux mois, sans être supérieur à quatre mois.

(١) انظر المادة ١٤١ -١ إجراءات جنائية فرنسي .

(٢) انظر ما سبق ص

(٣)حيث صادقت الحكومة المصرية على المعاهدة الدولية للحقوق المدنية والسياسية في ١٩٨١ ، واصبحت جزء لا يتجزأ من قانونها الداخلي، وفقاً للمادة ١٥١ من الدستور "كما اكد الدستور اليمني على العمل بالمعاهدة وكل الاتفاقيات وفقاً للمادة السادسة من الدستور،على نحو ما سبق.

وقد تصدت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان للعديد من القضايا، وادانت فيها العديد من دول أوربا، بسبب انتهاكها المدة المعقولة للمحاكمة، وقد اخذت في حسبانها العوامل التي تناولنها سابقا، وهي درجة تعقيد القضية، وسلوك المتهم والطريقة التي عالجت بها السلطات القضائية سير القضية.

وقد قضت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان للطرف المضرور عند ثبوت مخالفة المدة المعقولة، بالترضية العادلة، والتي قد تتمثل بالتعويض المادي المناسب، آخذة في حسبانها مقدار الضرر الذي أصيب به الشخص، وذلك عملا بنص المادة ٥٠ من هذه الاتفاقية، والتي تقضي بأنه " إذا تبينت المحكمة ان قراراً او تدبيراً اتخذ من جانب سلطة قانونية او اي سلطة اخرى، لأحد الأطراف السامية المتعاقدة بالمخالفة للالتزامات الناشئة عن هذه المعاهدة، وكان القانون الداخلي للطرف المذكور يسمح فقط بتعويض جزئي عن الآثار الضارة لهذا القرار أو التدبير. فللمحكمة حسبما تراه ضروريا ان تقضي بترضية عادلة للطرف المضرور"[1].

وترى المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان ان التخفيف الكبير في العقوبة يمكن أن يكون تعويضا ملائماً عن تجاوز المدة المعقولة للإجراءات الجنائية، وهو يحول دون تمكين المتهم من طلب التعويض من المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان[2].

ومن تطبيقات المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان فيما يتعلق بانتهاك المدة المعقولة للمحاكمة، ما حكمت به المحكمة في قضية المواطن الإيطالي إمانويل ترجياني" Emanuele Triggiani " - المتهم بقضايا الاحتيال والتزوير وتشكيل عصابات إجرامية- ضد الجمهورية الايطالية، وذلك في ١٩ فبراير سنة ١٩٩١، حيث قضت المحكمة بتعويض المتهم بمبلغ "مائة وخمسون مليون ليرة إيطالية" نتيجة ما -

---

Article 50: Convention européenne des Droits de l'Homme Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales
Si la décision de la Cour déclare qu'une décision prise ou une mesure ordonnée par un autorité judiciaire ou toute autre autorité d'une Partie contractante se trouve entièrement ou partiellement en opposition avec des obligations découlant de la présente Convention, et si le droit interne de ladite Partie ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de cette décision ou de cette mesure, la décision de la Cour accorde, s'il y a lieu, à la partie lésée une satisfaction équitable.
(2)Luc DECLERCQ:" " Le délai raisonnable ou le retard excessif dans les affaires pénales",op. Cit. p. 600.

لحقه من ضرر مهني وتوقيف راتبه خلال مدة الإجراءات التي استمرت ضده لأكثر من اثنتي عشرة سنة وشهرين[1].

وقضت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في قضية توماسي "Tomasi" ضد فرنسا في عام ١٩٩٢ - سبق الإشارة إليها- بتعويض الشخص المذكور، جراء انتهاك حقه في المحاكمة خلال مدة معقولة، وذلك بمبلغ سبعمائة الف فرنك (قبل اعتماد اليورو كعملة للاتحاد الأوربي)[2].

واخيراً فيما يتعلق بتقدير المدة المعقولة في المحاكمة، او بحسب تعبير المعاهدة الدولية للحقوق المدنية والسياسية "الحق في المحاكمة دون تاخير لا مبرر له"، يبرز التساؤل عن الكيفية التي يتم فيها تقدير المدة المعقولة، او التاخير غير المبرر. ومن يتحمل عبء إثبات وقوع انتهاك هذا الحق.

والواقع ان جانب من الفقه[3] قد تصدى لمسألة تقدير المدة المعقولة، حيث ذهب إلى أن معقولية الدعوى، أو غير معقوليتها إنما هي مسألة واقع، وليست مسألة قانون - كما اشرنا-، وذلك لسببين:

السبب الأول: ان الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، وكذلك الوثيقة الدولية للحقوق المدنية والسياسية، لم تضع مدة محددة بعدها تعتبر المدة غير معقولة، او ان المحاكمة قد تأخرت بشكل غير مبرر للفصل في القضية. فالأمر يختلف من قضية إلى اخرى وفقاً لما بيناه سابقاً.

والسبب الثاني: ان الأمر يتوقف على تقدير المحكمة لظروف الدعوى، ولا رقابة

---

(1)TRIGGIANI v. ITALY (13509/88) [1991] ECHR 20 (19 February 1991) Voir, par exemple, l'arrêt Ruiz-Mateos c. Espagne du 23 juin 1993, série A n° 262, p. 23, § 51 et plus récemment, l'arrêt Gast et Popp c. Allemagne, n° 29357/95, CEDH 2000-II, l'arrêt Savvidou c. Grèce, n° 38704/97, 1er août 2000, non publié, ou l'arrêt Guisset c. France, n° 33933/96, CEDH 2000-XI.

وهناك حالات كثيرة قضت فيها المحكمة الأوربية بتعويض المتهمين بسبب انتهاك المادة ٦/١ من الاتفاقية الأوربية منها:قضية Manzoni (7/1990/198/258)وقضية Motta (4/1990/195/255) وقضية Alimena (9/1990/200/260) ...وغيرها من القضايا.

(2) انظر ما سبق ص .

(3)Luc DECLERCQ: " Le délai raisonnable ou le retard excessif dans les affaires pénales", op. cit. p. 590.

وانظر : الدكتور غنام محمد غنام، " حق المتهم في محاكمة سريعة "، مرجع سابق، ص٦٠.

لمحكمة النقض عليها في ممارستها لها، إلا فيما يتعلق بكفاية التسبيب وسلامته.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية، برفض الطلب المقدم من المحكوم عليه، والمستند إلى أن الإجراءات تجاوزت المدة المعقولة. وقد استندت محكمة النقض الفرنسية في قضائها إلى أن هذا الطعن يتعلق بالواقع، لا بمسألة من مسائل القانون،وبالتالي لا تختص محكمة النقض بنظره[1].

وختاما يجب التنبيه إلى أن الحق في محاكمة خلال مدة معقولة- وإن لم ينص عليه قانونا- يعد أحد الجوانب الأساسية لحماية أصل البراءة، وبالتالي، فإن أي انتهاك للحق في محاكمة خلال مدة معقولة، هو في ذات الوقت يشكل انتهاكاً لأصل البراءة، ومن ثم يشكل انتهاكاً للشرعية الدستورية،مما يتعين معه جبر الضرر الذي لحق الشخص جراء هذا التجاوز، وذلك من خلال ترضية عادلة تتناسب مع حجم الضرر الذي أصابه، سواء كان الضرر ماديا، أو أدبياً. بالإضافة إلى الإفراج عنه إن كان محتجزاً، متى تجاوزت فترة احتجازه على ذمة القضية الحد الذي يعتبر معقولاً، وفقاً لملابسات الحالة.

و ندعو المشرعين المصري واليمني إلى وضع ضوابط للمدة التي يقتضي نظر الدعوى الجنائية خلالها حماية لأصل البراءة.

المبحث الثالث

ضمان التكافؤ بين حقوق الخصوم لحماية أصل البراءة

تمهيد وتقسيم:

يعد مبدأ التكافؤ بين حقوق الخصوم، أو ما يسميه الفقهاء " المساواة في الأسلحة " أحد الضمانات الأساسية لإدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة ومنصفة. وهذا الضمان يشكل -بلا مواربة- مصدر من مصادر الحماية الجنائية لأصل البراءة في مرحلة المحاكمة، بحيث يعتبر الخروج عن مقتضاه إهداراً لمبدأ المساواة، وفي ذات الوقت يشكل انتهاكاً صارخاً لأصل البراءة.

ومما يلزم ذكره، أن التكافؤ بين الخصوم في ظل السياسة الجنائية المعاصرة

---

(1)Cass.Crim.du 12 décembre 1988 B.C.N°418.

أشار إليه الدكتور غنام محمد غنام، المرجع السابق نفسه، ص٦٠ هامش رقم١.

تشمل المتهم والنيابة العامة من ناحية، والمضرور من الجريمة من ناحية اخرى. والذي نحن بصدده في هذه الدراسة، هو التكافؤ بين المتهم او الدفاع وبين سلطة الاتهام او الإدعاء. و التكافؤ في المعاملة بين المتهمين - المتساوية مراكزهم- امام المحاكم.

وعلى ضوء ذلك، سوف نتطرق إلى سند هذا المبدا في مطلب اول. ثم في المطلب الثاني نتطرق إلى نطاق تطبيقه في المجال الجنائي . وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

سند التكافؤ بين حقوق الخصوم

تفرض الحماية الجنائية لأصل البراءة على المشرع الجنائي، وعلى القائمين بتنفيذ القوانين، ان يكفلوا لكل فرد متهم بارتكاب جريمة من الجرائم، الحق في معاملته على قدم المساواة مع الغير أمام المحاكم الجنائية. ويطلق على هذا الضمان الحق في للمساواة في الأسلحة Le Droit à l'égalité des armes [1]، او التوازن بين حقوق الأطراف " L'équilibre des droits des parties " بحسب تعبير القانون الفرنسي الصادر في ١٥يونيو سنة٢٠٠٠ في المادة التمهيدية[2].

وينبثق هذا الضمان من مبدأ المساواة الذي يسري على جميع الحقوق والحريات ولا يقتصر على ما يتعلق بالخصومة الجنائية، وهو من المبادئ التي تحتل مكانة سامية، إذ اكدته الشرعة الدولية ودساتير البلدان المتحضرة.

وإذا كان مبدا تكافؤ الخصوم يجد سنده في أصل البراءة، فإن المواثيق الدولية قد اكدت على هذا الحق بشكل مباشر؛ حيث نصت عليه المادة العاشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والتي جاء فيها ان: "لكل إنسان على قدم المساواة التامة مع الآخرين، الحق في ان تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحايدة، نظراً منصفاً وعلنياً

---

(1) وقد استخدم هذا المصطلح في المؤتمر الدولي الثاني عشر لقانون العقوبات المنعقد في هامبورج ١٩٧٩ . انظر: استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري"، مرجع سابق، ص٤٤٢.

(2) ويرى احد الفقهاء ان تفضيل استخدام مصطلح التوازن بين حقوق أطراف الخصومة على مصطلح المساواة في الأسلحة هو من باب مراعاة المركز الخاص الذي يشغله مدعي الجمهورية " النيابة العامة" بوصفها مدافعة عن المصلحة العامة ، بخلاف الخصوم الآخرين. انظر :

Jean PRADEL:" La durée des procédures", op. cit.p.148 et s.

Mireille Delmas-Marty:Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes : histoire d'une navette parlementaire, Rev. se. crim. (n1), janv.-mars , Dalloz,2001, p9 et s.

للفصل في حـ ـقه والتزاماته وفي اية تهمة جزائية توجه إليه." كما يجد سنده في المعاهدة الدولية للحقوق المدنية والسياسية في المادة ١/١٤ والتي نصت على ان " الناس جميعا سواء امام القضاء."

ولم يرد مثل هذا النص في الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، وإن كان نص المادة السادسة في فقرتها الأول تشير إلى هذا الحق بشكل غير مباشر.

كما لم يتطرق كل من الدستور المصري واليمني لمثل هذا الحق، سوى بالنص العام الذي يقضي بأن المواطنين جميعاً متساوون امام القانون.

وإغفال كل من الدستورين المصري واليمني لهذا الحق يعد -من وجهت نظرنا - قصور، مما يتطلب تدخل تشريعي يكفل للشخص الحق في النظر المنصف وعلى قدم المساواة مع الغير امام المحاكم الجنائية . كما فعل المشرع الفرنسي عندما اضاف إلى مقدمة قانون الإجراءات الجنائية نصاً يقضي بحق الشخص في أن تنظر دعوته بشكل متوازن مع الغير أمام المحاكم الجنائية.

ولا غرو ان هذا المبدأ يجد سنده في التشريع الإسلامي الذي كان له فضل السبق في إرساء مبادئ هذا الحق، سواء بصفة مطلقة، أو في المجال الجنائي. وهناك الكثير من الشواهد القرآنية، والتطبيقات القضائية التي تزخر بها كتب الفقه الإسلامي ويكفينا ان نذكر قول الله- سبحانه وتعالى- في محكم التنزيل:﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَى أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ ﴾[1]. وقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾[2] وقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾[3] وقوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾[4]. وقوله

([1]) سورة المائدة: الآية ٨.

([2]) سورة النساء الآية ٥٨ .

([3]) سورة المائدة: الآية ٤٢.

([4]) سورة النحل: الآية ٩٠ .

تعالى: ﴿ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ ﴾[1].

وهذه الآيات جميعها، تقطع بضرورة الحكم بين الناس بالعدل والإنصاف. ومن العدل والإنصاف إتاحة فرص متكافئة بين الخصوم، وبالأخص بين الدفاع والإدعاء من خلال تمكين المتهم من الدفاع عن نفسه، وإعطائه مساحة زمنية كافية لإعداد دفاعه.

وهناك العديد من النماذج المضيئة في تاريخ القضاء الإسلامي، لا يتسع المقام لذكرها، تقطع جميعها بكفالة حق الشخص في معاملته على قدم المساواة في المحاكم في كافة القضايا بما في ذلك القضايا الجنائية. وقد ذكرنا سابقاً الوثيقة العمرية التي احتوت على تفصيلات تخدم العدالة الجنائية.ومما احتوته التكافؤ بين الأخصام.

المطلب الثاني

نطاق مبدأ المساواة في الأسلحة

استقر الأمر لدى القضاء الفرنسي على أن المساواة في الأسلحة ليست هي المساواة الحسابية، وإنما المساواة المعقولة التي تتحقق فيها مصالح الأطراف. ووفقاً لذلك، قضت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها، بأنه لا يمكن التمسك بالإخلال بمبدأ المساواة في الأسلحة، في حالة قيام رئيس المحكمة بإتاحة وقت لمحامي المتهم في التكلم اقل من الوقت الممنوح لأطراف الخصومة الآخرين[2]. وقضى بأن رفض استدعاء وسماع احد الشهود بناء على تسبيب معقول- كتعرضه للتخويف، أو الضغط او الانتقام - لا يعد إخلالا بالمساواة في الأسلحة[3]. وفي المقابل قضى بأن تأييد غرفة المشورة للأمر بحبس المتهم بعد سماع اقوال المدعي المدني دون سماع أقوال المتهم يعد

---

(1) سورة ص، الآية ٢٦.

(2)Cass.Crim.1er juin 1995 Rejet, N° 94-82.590 et 94-82.610 à 94-82.614.- Cour d'assises des Yvelines, 20 avril 1994.- M. Touvier

Ne saurait être invoquée une atteinte au principe de l'égalité des armes, lorsque le calendrier des plaidoiries a été arrêté par le président avec l'accord des parties, sans que soit apportée la moindre restriction à leur temps de parole.

(3)Cass.Crim.du 14 mai 1996,bull. N° 202.

أشار إليه، استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور، " القانون الجنائي الدستوري"، ط٤ ، ٢٠٠٦ مرجع سابق، ص ٤٥٤.

إخلالاً بمبدأ المساواة في الأسلحة[1].

وهذا المبدأ يسري على كافة أطراف الدعوى الجنائية، سواء أكان المتهم أم كان المدعي بالحق المدني[2].

وغني عن البيان، أن حق الفرد في أن يعامل على قدم المساواة مع الغير أمام المحاكم في القضايا الجنائية، له جانبان هامان:

الجانب الأول: المساواة في المعاملة بين الدفاع والادعاء.

الجانب الثاني: حق الفرد في أن يعامل على قدم المساواة مع الغير أمام المحاكم.
وسوف ندرس هذين الجانبين باعتبارهما من مصادر الحماية الجنائية لأصل البراءة. وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول

ضمان المساواة بين الدفاع والاتهام

من بين المعايير الأساسية للنظر المنصف للدعاوى مبدأ تكافؤ الفرص بين طرفي الدعوى. وهذا المبدأ يعد مصدراً من مصادر الحماية الجنائية لأصل البراءة، ومن ثم يجب مراعاته في جميع مراحل الدعوى. ويعني هذا المبدأ أن يعامل كل من الدفاع والادعاء على قدم المساواة من الناحية الإجرائية على مدار المحاكمة، وأن يكون لكل منهما حق متساوٍ في عرض حججه، أي أن تتاح لكل منهما فرصة معقولة لعرض دعواه في ظل أوضاع لا تضع أي منهما في موقف ضعيف[3].

ويلاحظ في الدعاوى الجنائية اختلاف مركز الاتهام عن مركز الدفاع. فالادعاء حين يمارس الاتهام يجد أجهزة الدولة كلها وراءه، ولديه سلطة بحكم عمله تمكنه من اتخاذ وسائل قسرية ضد المتهم، كالقبض والحبس الاحتياطي، خصوصاً في الأنظمة التي تجيز الجمع بين الاتهام والتحقيق في يد واحدة كما هو الحال في اليمن ومصر- حسب ما بينا سابقاً- ومعها يغدو مبدأ تكافؤ الفرص بين الدفاع و الادعاء أمراً هاماً.

---

(1) Cass.Crim. du 8 février 1990,bull. N° 70.

(2) انظر : استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور، المرجع السابق ، ص ٤٥٥.

(3) المرجع السابق نفسه.

ولهذا كان لزاماً أن يكفل للدفاع مركزاً لا يقرر للإدعاء، وهو "أصل البراءة" وما يترتب عنه من نتائج، كحق المتهم في الصمت، وحقه في سبيل تفنيد أدلة الاتهام بأدلة أخرى، ولو حصل عليها بطريقة غير مشروعة. وهو ما لا يسمح به للإدعاء الذي يقتضي تقيده بالأدلة المشروعة في أعماله، فضلاً عما يلتزم به الاتهام من موضوعية في آرائه وتصرفاته، وهو ما لا يلتزم به الدفاع[1].

ومن الركائز الأساسية لمبدأ تكافؤ الفرص بين الدفاع والادعاء إتاحة الفرصة للمتهم في مناقشة الشهود سواء كانوا شهود إثبات أم شهود نفي. وهذا الحق برغم أنه يستند إلى الحق في أصل البراءة، فإن سنده قد تأكد بنص المادة ٣/١٤ من "العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية"، حيث نصت على أن " لكل متهم بجريمة أن يتمتع أثناء النظر في قضيته، وعلى قدم المساواة التامة، بالضمانات الدنيا التالية:..." أن يناقش شهود الاتهام، بنفسه، أو من قبل غيره، وأن يحصل على الموافقة على استدعاء شهود النفي بذات الشروط المطبقة في حالة شهود الاتهام " .

وتقضي الفقرتان الأولى والثالثة من المادة السادسة من "الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان" بضرورة منح المتهم فرصة كافية وحقيقية لتفنيد أقوال الشهود وسؤالهم، سواء عندما يدلي بأقواله، أو في مرحلة لاحقة.

ونصت الفقرة الثانية من المادة الثامنة من "الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان بأنه " لكل متهم بارتكاب فعل جنائي الحق في أن " تفترض براءته" طالما لم يثبت ذنبه وفقاً لأحكام القانون. ومن حق كل فرد، أثناء الإجراءات، على قدم المساواة التامة الضمانات الدنيا الآتية: -" حق الدفاع في مناقشة الشهود الحاضرين في المحكمة ، وفي استدعاء الخبراء المتخصصين وغيرهم من الأشخاص الذين يمكن أن يلقوا ضوءاً على الوقائع للإدلاء بشهادتهم".

وبناء على ذلك، إذا لم يُمكّن المتهم من الاستماع إلى الشهود بنفسه، أو بواسطة محام، فإن ذلك يشكل انتهاكاً لأصل البراءة الذي أكدته المواثيق والدساتير المختلفة

وفي هذا الصدد، نظرت المحكمة الأوروبية حالة أدلى فيها شاهدان مجهولان بأقوالهما لضابط شرطة، وقد تقدم هذا الضابط فيما بعد للشهادة أمام المحكمة ووجدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن حقوق المتهم قد انتهكت، رغم أنه كان

([1]) أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور، "القانون الجنائي الدستوري" ، مرجع سابق ، ص٤٤٥.

في وسع محاميه ان يقدم اسئلة مكتوبة لهذين الشاهدين. وقالت المحكمة المذكورة عن هذا: "لما كان المحامي يجهل هوية الشاهدين، فقد واجه عقبة كئود، حيث لم تتح له المعلومات اللازمة، لكي يستطيع اختبار مدى إمكانية الركون إلى هذين الشاهدين، او للتشكيك في مصداقيتهما"[١].

وفحصت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان حالة ادين فيها المتهم "بصورة حاسمة" بناءً على اقوال ضباط شرطة مجهولي الهوية. ولم يقتصر الأمر على جهل المتهم بهوية الشهود، بل زاد على ذلك منعه من رصد سلوكياتهم عن طريق استجوابهم بطريقة مباشرة، ومن ثم حالت بينه وبين التحقُّق من مدى إمكانية التعويل على أقوالهم. وقد ادلى ضباط الشرطة بأقوالهم أمام قاضي التحقيق، بينما جلس المتهم ومحاميه وممثل الاتهام في غرفة مستقلة متصلة بالغرفة الأولى بنظام صوتي يتيح لهم سماع ما يقال، وذلك لأن الضباط اعربوا عن خوفهم من التعرض للانتقام. وخلصت المحكمة إلى ان "هذه التدابير لا يمكن ان تعتبر بديلاً حقيقياً لتمكين الدفاع من استجواب الشهود حضورياً، والحكم على سلوكهم ومدى إمكانية التعويل على اقوالهم". ولذلك اعتبرت المحكمة الأوروبية هذه المحاكمة برمتها جائرة[٢].

ومعنى حق المتهم في مناقشة الشهود بنفسه، او من قبل غيره، ان جميع الأدلة يجب في الأحوال العادية، ان تقدم في حضور المتهم في جلسة علنية، حتى يمكنه ان يفند أقوال الشهود. من حيث إمكانية التعويل عليها او تصديقها.

وقد قالت المحكمة الأوروبية، وهي تشير إلى الصعوبات التي تكتنف محاكمات مهربي المخدرات، بما في ذلك المشكلات المتصلة باستدعاء الشهود إلى المحكمة، "لا يمكن لهذه الاعتبارات ان تبرر تقليص حقوق الدفاع (في مناقشة الشهود) إلى هذا الحد."

وقد وجدت المحكمة المذكورة، ان حقوق المتهم قد انتهكت، في قضية اتجار بالمخدرات بنت فيها المحكمة حكمها على تقارير احد ضباط الشرطة السرية، وتدوين لبعض المكالمات الهاتفية، والأقوال التي أدلى بها المتهم بعد أن عرض عليه نص المكالمات الهاتفية المدونة. ولم يكن لدى المتهم فرصة لفحص نص تلك المكالمات، ولا لتفنيد هذا

---

(١) دليل المحاكمات العادلة مرجع سابق .

(٢) المرجع السابق نفسه.

الدليل، أو مناقشة ضابط الشرطة السرية، الذي لم تكشف السلطات عن اسمه، ولم يستدع للإدلاء بشهادته، حفاظاً على سرية هويته. غير أن المحكمة الأوروبية أشارت إلى أن ضابط الشرطة السرية لا يمكن اعتباره " شاهداً مجهولاً"، حيث إنه كان ضابطاً رسمياً بالشرطة، وكان قاضي التحقيق على علم بمهمته، وأن المتهم كان يعرف الضابط، لأنه التقى به خمس مرات[1].

ومن الأركان الرئيسية لمبدأ تكافؤ الفرص بين الدفاع و الادعاء أيضا، أن تتوافر للدفاع فرصة معقولة لإعداد وتقديم مرافعته في الدعوى على قدم المساواة مع الادعاء. وتشمل الشروط الأساسية لتطبيقه: **الحق في الحصول على وقت كاف[2] وتسهيلات مناسبة[3] لإعداد الدفاع، ومنها أن يفصح الادعاء عن جميع المعلومات المادية المتعلقة بالقضية.**

---

(1) المرجع السابق نفسه.

(2) يتوقف تحديد الوقت الكافي لإعداد الدفاع على طبيعة الإجراءات - وما إذا كانت إجراءات مبدئية ام محاكمة ام دعوى استئناف- وملابسات الوقائع في كل دعوى. ومن العوامل التي تحكم هذا مدى تعقد الحالة ومدى إمكانية إطلاع المتهم على الأدلة والاتصال بمحاميه، والحدود الزمنية المقررة في نص القانون. ويجوز موازنة الحق في التقديم إلى المحاكمة في غضون فترة زمنية معقولة بالحق في الحصول على وقت كاف لإعداد الدفاع.
وإذا كان المتهم يعتقد بأن الوقت المتاح له لإعداد دفاعه (بما في ذلك التحدث مع محاميه ومراجعة المستندات) لم يكن كافياً، فإن من الواضح أن المشرع قد كفل للمتهم في هذه الحالة أن يطلب تأجيل نظر الدعوى للاستعداد.
وقد اعتبرت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أن تأجيل محاكمة متهم بارتكاب جريمة قتل وإعطاء المحامي الجديد (الذي كلف بالدفاع عنه بدلاً من المحامي السابق) أربع ساعات للتحدث مع المتهم وإعداد مرافعته- اعتبرت هذه المدة بمثابة مساحة زمنية غير كافية للاستعداد للدفاع.كذلك، وجدت اللجنة المذكورة ان المادة ١٤(٣) من "العهد الدولي" قد انتهكت في حالة أخرى انتدب فيها محام للدفاع عن أحد المتهمين، عوضاً عن المحامي الأصلي، بعد أن كثر تغيبه عن حضور الجلسات أثناء المراحل الابتدائية، لأن فترة اجتماع المحامي الجديد بموكله لم تزد عن عشر دقائق قبل بدء الجلسة.

(3)يتطلب الحق في الحصول على تسهيلات كافية لإعداد الدفاع فتح الباب أمام المتهم ومحاميه للاطلاع على المعلومات المناسبة، ومنها مستندات الدعوى والمعلومات والأدلة الأخرى التي قد تساعد المتهم على إعداد دفاعه، أو تبرئه، أو، عند الاقتضاء، تخفف عنه العقوبة، وتزود هذه المعلومات الدفاع بفرصة لمعرفة الملاحظات التي سجلها الدفاع، وأدلة الإثبات التي جمعها، كما أنها تتيح له إمكانية التعقيب على هذه الملاحظات والأدلة.
وقد قالت اللجنة الأوروبية إن الحق في الحصول على تسهيلات كافية لإعداد دفاع ينطوي على الحق في الحصول على فرصة معقولة للاطلاع على ملفات الادعاء. ومع هذا، فقد يخضع هذا الحق إلى قيود معقولة لأسباب مختلفة، من بينها الاعتبارات الأمنية. ورأت المحكمة أن اطلاع محامي المتهم، وليس المتهم نفسه، على ملف الدعوى يمكن ان يفي بهذا الحق. انظر دليل المحاكمات العادلة، مرجع سابق.

ومن ضمن حق المتهم في الحصول على وقت كاف، وتسهيلات مناسبة لإعداد دفاعه، إخطار سلطة الادعاء للدفاع بشكل مسبق، وبوقت كاف بأسماء الشهود الذي يزمع استدعاءهم للمحكمة. ومع هذا إذا لم يطلب الدفاع التأجيل عندما يستدعي الادعاء شاهداً جديداً أثناء المحاكمة لم يذكر اسمه من قبل، فيجوز اعتبار أنه قد تنازل عن حقه في الحصول على وقت كاف للاستعداد[1].

وقد يتعرض هذا الحق للانتهاك بوسائل شتى، كأن لا تتاح الفرصة للمتهم بالاطلاع على المعلومات اللازمة لإعداد دفاعه، أو بحرمانه من استدعاء خبير للشهادة أو باستبعاده من حضور جلسة استئناف يكون الادعاء فيها حاضراً فيها[2].

وتطبيقاً لهذا المبدأ، قضت محكمة النقض الفرنسية، بأن إعطاء النائب العام وحده حق استئناف بعض الأحكام في مسائل المخالفات، يتعارض مع المساواة في الالتجاء إلى طرق الطعن[3].

وقرر المجلس الدستوري الفرنسي بعدم دستورية النص الذي يسمح للمدعي المدني أمام محكمة الجنح، أن يقدم طلبات جديدة أمام محكمة الجنح المستأنفة، أو أن يدعي أمامها لأول مرة، وذلك لأن هذه الرخصة تمس بمبدأ المساواة أمام القضاء، لأن حقهم في التمتع بمبدأ التقاضي على درجتين- فيما يتعلق بالحقوق المدنية- يتوقف على سلوك المدعي المدني[4].

كما قرر المجلس الدستوري في فرنسا، أن من حق المشرع وضع إجراءات مختلفة وفقا للوقائع والأحوال والأشخاص التي تنطبق عليهم ، طالما أن هذا الاختلاف لا يعبر عن تمييز لا يوجد ما يبرره . وطالما أن الإجراءات على اختلافها مكفولة بالنسبة إلى جميع من تسري عليهم بضمانات متساوية ، وخاصة فيما يتعلق باحترام حق الدفاع[5].

---

(1) دليل المحاكمات العادلة مرجع سابق .

(2) المرجع السابق نفسه.

(3) Crim. 6 et 21 mai 1997 -Bul. 170 et 191

(4)Décision No 80-127 Dc des 19 et 20 janvier 1981. Décision N° 98-404 DC - 18 décembre 1998. Conseil constitutionnel.
http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1998/98404/se98404.htm

(5)Décision No 80-127 No. 86-213 Du 3 Septembre 1981.
أشار إليه أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور، " القانون الجنائي الدستوري" ط ٤، ٢٠٠٦، مرجع سابق، ص ٤٥٧ هامش رقم ٣.

والجدير بالإشارة، أن المحكمة الدستورية العليا في مصر، قد اكدت على ان " الناس لا يتمايزون فيما بينهم في مجال حقهم في اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي، ولا في نطاق القواعد الموضوعية والإجرائية التي تحكم الخصومة عينها، ولا في فعالية ضمانة الدفاع التي يكفلها الدستور للحقوق التي تطلبوها، ولا في اقتضائها وفق مقاييس واحدة عند توافر شروط طلبها، ولا في طرق الطعن التي تنتظمها، بل يجب ان يكون للحقوق ذاتها قواعد موحدة سواء في مجال التداعي بشأنها، أو الدفاع عنها أو استعدائها ، أو الطعن في الأحكام الصادرة فيها"[1].

ومن الملاحظ أن قانون الإجراءات الجنائية المصري أعطى النيابة العامة مميزات لم تمنح للمتهم، ففي المادة ١٦١ أجاز للنيابة أن تستأنف جميع الأوامر التي يصدرها قاضي التحقيق بينما قصرت حق المتهم على استئناف الأوامر المتعلقة بالاختصاص. كما اقرت المادة ٢/١٦٤ للنيابة العامة وحدها استئناف الأمر الصادر من قاضي التحقيق في جناية بالإفراج المؤقت عن المتهم المحبوس احتياطياً ولم تعط المتهم حق استئناف الأمر الصادر بحبسه احتياطياً، وكذلك أعطت المادة ٢/٢٠٥ للنيابة العامة في مواد الجنايات استئناف الأمر الصادر من القاضي الجزئي عن المتهم المحبوس احتياطياً ولم تعط المتهم حق استئناف الأمر الصادر بمد حبسه احتياطياً[2].

ولا شك ان منح النيابة العامة مميزات لا تتاح للمتهم في مسائل تتصل بصميم حريته، هو وضع مخل بمبدأ المساواة بين الدفاع والاتهام، مما يخل بالتوازن الذي يقيمه الدستور بين حماية الحقوق والحريات وبين تحقيق مصلحة المجتمع في كشف الجريمة، وبالتالي يخالف الشرعية الدستورية في الإجراءات الجنائية التي ترتكز على أن الأصل في المتهم البراءة وما يرتبه هذا الأصل من ضرورة معاملة المتهم على قدم المساواة مع الإدعاء.

والمحصلة النهائية التي نعكف عليها هي تحقيق التوازن بين حقوق الدفاع وحقوق الادعاء اثناء المحاكمة من اجل إثبات الحقيقة لضمان فاعلية العدالة، وهذا التوازن يحقق حماية لأصل البراءة، وأي خروج عن هذا التوازن يعد إخلالاً بهذا الأصل.

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في جلسة اول فبراير ١٩٩٢ في القضية رقم ٢ لسنة ٨ قضائية " دستورية" ، مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا ، الجزء الخامس ، المجلد الأول ، ص١٤٢.

(٢) انظر ، استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور، " القانون الجنائي الدستوري، ط٤، ٢٠٠٦، ص ٤٥٩ و ٤٦٠.

الفرع الثاني

ضمان المساواة مع الغير أمام القضاء

المقصود بالمساواة مع الغير امام القضاء الجنائي، أنه من حق كل متهم، ان تنظر قضيته -وعلى قدم المساواة مع غيره- امام محكمة مختصة مستقلة ومحايدة[1].

ويرتبط هذا المبدا، بمبدا سيادة القانون، وخضوع الدولة له. ويجد سنده في الشرعية الدولية، وفي الدساتير المختلفة -وفقا لما بيناه سابقاً- بالإضافة إلى ذلك، فإن هذا المبدا، يعد تطبيقاً عملياً لأصل البراءة. و أكدته المادة التمهيدية المضافة إلى قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي بموجب قانون تدعيم " قرينة " البراءة الصادر في عام ٢٠٠٠ ، حيث جاء في الفقرة الأولى منها " ويتعين محاكمة الأشخاص الذين تتشابه ظروفهم، والملاحقين بسبب ذات الجرائم وفقاً لقواعد واحدة".

ولا شك ان من ضمانات المساواة مع الغير، ان يكون لكل متهم الحق في أن يعامل امام القضاء على قدم المساواة مع غيره من المتهمين بارتكاب جرائم مماثلة، دون أدنى تمييز بينهم[2]. وليس المقصود بالتساوي في المعاملة التطابق، بل أن تكون استجابة النظام القضائي متماثلة، عندما تكون الحقائق الموضوعية متماثلة. وينتهك مبدا المساواة عندما تصدر قرارات المحاكم، او القرارات الإدارية على أسس تمييزية[3].

ومن تطبيقات ذلك، أن الشخص المتهم بارتكاب فعل جنائي، مثل تدمير منشأة، يجب أن يمنح ذات الضمانات التي يمنحها غيره، سواء أكان ارتكابه لهذا الفعل قد تم في سياق "سياسي" او "جنائي عادي"[4].

والتشريع الإسلامي يرفض أن تكون المعاملة بين المتهمين الذين تتماثل جرائمهم بشكل مختلف. والأدل على ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم لأسامة بن زيد عندما أراد ان يشفع في حد من حدود الله. في الحديث الذي روته عائشة -رضي

---

(1) انظر: الدكتور كريم يوسف احمد:" الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة "، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ، ١٩٩٤، ص١ وما بعدها.

(2) انظر : استاذنا الدكتور احمد صبحي العطار :" حق الإنسان في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي"، مرجع سابق ، ٢٥و٢٦ .

(3) انظر: الدكتور موسى مصطفى شحادة : " مبدا حق الإنسان في محاكمة عادلة في المنازعات الإدارية وتطبيقاتها في أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان "، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني - السنة الثامنة والعشرون- ربيع الآخر ١٤٢٥هـ يونيو ٢٠٠٤، ص ١٣٤وما بعدها.

(4) دليل المحاكمات العادلة مرجع سابق .

الله عنها - أن قريشا اهمهم شأن المخزومية التي سرقت. فقالوا: من يكلم فيها رسول الله ﷺ، فقالوا: ومن يجترئ عليه إلا اسامة بن زيد - حب رسول الله ﷺ- فكلمه اسامة. فقال: اتشفع في حد من حدود الله تعالى، ثم قام فاختطب فقال: إنما هلك الذين من قبلكم، انهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف اقاموا عليه الحد. وايم الله لو ان فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها"[1].

ووفقا للشرعية الدستورية، فإن المساواة أمام القضاء، تتطلب وحدة القضاء[2]. ولذلك، فإن التساؤل المثار في هذا الصدد مفاده : مدى تأثر الشرعية الدستورية التي تستند على مبدأ المساواة أمام القضاء بقيام محاكم خاصة في التصدي للقضايا الجنائية في بعض الجرائم، وهل يعد ذلك تناقضاً مع مبدا المساواة أمام القضاء، وبالتالي يخل بالشرعية الدستورية في الإجراءات الجنائية أم لا ؟ وما اثر ذلك على أصل البراءة؟

والإجابة عن تلك التساؤلات، تقتضي التصدي لجملة من المسائل تتمثل في المقام الأول في تحديد مقومات القاضي الجنائي المختص " الطبيعي "، ومدى الضمانات التي تتوافر في قضائه، ومدى توافر هذه الضمانات في القاضي غير الطبيعي (المحاكم الخاصة والاستثنائية) ؟

ولذلك ينبغي علينا، ان نتصدى اولاً -وبصورة موجزة- لمفهوم القاضي الطبيعي و ضوابط القاضي الطبيعي في نظر الفقه الجنائي، ومدى التزام التشريعات المقارنة بضمانات القاضي الطبيعي. ثم نبين بعد ذلك موقف المحاكم الخاصة من تلك الضوابط وذلك على النحو التالي:

البند الأول

ماهية القاضي " الطبيعي "

من المبادئ الأصولية والمهيمنة على كل نظام قضائي - أياً كانت فلسفة النظام- ان كل فرد من حقه اللجوء إلى القضاء الطبيعي، و ان لا يجبر على المثول أمام غير هذا القاضي لمحاكمته[3].

---

(1) عمدة الأحكام ، لابن دقيق العيد ، دار الكتب العلمية - بيروت-، جـ٤ ، ص ١٣١.
(2) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري"، مرجع سابق، ص ٤٦٤.
(3) انظر: استاذنا الدكتور احمد صبحي العطار : " حق الإنسان في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الثاني السنة الرابعة والأربعون، يوليو ٢٠٠٢. ص٥ وما بعدها.

وقد كفلت المواثيق الدولية هذا الحق كما تضمنته العديد من التشريعات المعاصرة، ففي فرنسا ذهب جانب من الفقه إلى أن هذا المبدا وإن كان إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر سنة ١٧٨٩ لم ينص عليه بشكل مباشر، فإن الفقه قد استند في وجوده إلى نص المادة ١٦ من هذا الإعلان[1].

وأما الدستور المصري فقد نص في المادة ٦٨ منه، على انه من حق كل مواطن في الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي.

ولم ينص الدستور اليمني على حق الشخص في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، و السبب في ذلك مرجعه وحدة القضاء في اليمن، حيث لا توجد محاكم استثنائية، ومع ذلك فإن عدم تضمين الدستور اليمني نصاً يقضي بحق المتهم في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، لا يعني إنكار هذا الحق، أو عدم التقيد به. فهو إلى جانب أنه من المبادئ القضائية في التشريع الإسلامي[2]، فهو يحظى بقيمة دولية مستمدة من النصوص التي تدعو إلى مساواة الناس جميعاً أمام القضاء، والحق في محاكمة منصفة وهي مواثيق ملزمة لليمن كما قلنا غير مرة.

وقد انقسم الفقه بشأن مفهوم القاضي الطبيعي إلى اتجاهين:

ذهب الاتجاه الأول[3] إلى أن القاضي الطبيعي هو من يعينه القانون، وذلك بالنص

---

(1) ويشير البعض إلى أن فكرة القاضي الطبيعي ظهرت كفكرة ذات مضمون قانوني معين مع صدور وثيقة العهد الأعظم في انجلترا عام ١٢١٥ ، ثم عرفت هذه الفكرة في النصف الأول من القرن الثالث عشر في صورة معينة وهي انتماء القاضي إلى طبقة المتقاضين فيحاكم رجال الكنيسة أمام نظرائهم من رجال الكنيسة ، والإقطاعيون يحاكمون امام المحاكم الإقطاعية . ثم ظهرت فكرة القاضي الطبيعي كاصل من أصول الدولة القانونية ، وعبر عنها الدستور الفرنسي الصادر عام ١٧٩٠ . انظر تفصيلا :

T. RENOUX : "Le droit au juge naturel, droit fondamental", Revue trimestrielle de droit civil, N°1 janvier- mars 1993, P.33et s.

Faustin-Hélie: "Traité d'instruction criminelle", P.579.

أشار إليه استاذنا الدكتور أحمد صبحي العطار ، المرجع السابق نفسه ، ص٥.

(2) نظام القاضي الطبيعي هو للتبع في النظام القضائي الإسلامي، حيث لم يعرف هذا النظام المحاكم الخاصة أو الاستثنائية وإنما عرف وحدة القضاء في كافة القضايا. انظر الدكتور حامد راشد، " دور المحكمة الدستورية العليا في إقرار مبادئ العدالة الجنائية "، دار النهضة العربية ، ط١ ٢٠٠١ ، ص٢٦٤.

(3) راجع بشأن هذا الرأي : استاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور،"القانون الجنائي الدستوري"،ط٤، ٢٠٠٦، مرجع سابق ، ص٤٦٤. الدكتور صلاح سالم جوده ، " القاضي الطبيعي ، " دراسة تأصيلية مقارنة- دار النهضة العربية ، ١٩٩٧ ، ص ٢٣ وما بعدها . الدكتور علاء محمد الصاوي سلام ، " حق المتهم في محاكمة عادلة " ، مرجع سابق ، ص٢٤٨ وما بعدها.

عليه، اي أن مفهوم القاضي الطبيعي يتحدد بالنص القانوني، ومن ثم، فإن كل ما ينص عليه القانون ويعهد إليه بالفصل في خصومة معينة يعد قاضياً طبيعياً. مادام القانون اخضع الأفراد إلى قضاء حدده بصفة عامة ومجرد.

ووفقاً لهذا الراي، فإن القضاء الطبيعي لا يعني فقط المحاكم العادية، بل يمتد لكي يشمل أية جهة يعهد إليها القانون بالفصل في الخصومات، طالما ان هذه الجهة قد حددها القانون سلفا. وبالتالي -وفقا لهذا الراي- تدخل المحاكم الاستثنائية، كمحاكم أمن الدولة الدائمة في عداد القضاء الطبيعي، لأنها محاكم منصوص عليها في القانون سلفاً.

بينما ذهب الاتجاه الثاني[1] - وهو ما نرجحه- إلى أن مفهوم القاضي الطبيعي لا يتحقق فقط بالنص عليه في القانون، بل يجب أن تتوافر فيه كافة الضمانات التي يقررها الدستور والقانون. ومن ثم فالقاضي الطبيعي وفقا لهذا الاتجاه، يتحدد بالنص عليه في القانون، بالإضافة إلى توافر مجموعة من المقومات والضمانات إذا ما توافرت في القاضي الذي تحدد لنظر الدعوى عد قاضياً طبيعياً، وإذا تخلفت عنه كلها، أو بعضها عد قاضياً غير طبيعي بالنسبة لهذه الدعوى[2].

ووفقاً لهذا الاتجاه- الذي نؤيده- يكون القضاء موسوم بالطبيعي،إذا كان قد نشأ وحدد اختصاصه بقانون، في وقت سابق على نشوء الدعوى، وبصفة دائمة، ومشكل من قضاة متخصصين في القانون ،وتتحقق فيهم كافة الشروط والضمانات القانونية، وعلى الأخص الاستقلال المحصن بعدم القابلية للعزل ، ويطبق القانون العادي على إجراءات الدعوى وموضوعها، وتكفل أمامه كافة حقوق الدفاع وضماناته[3].

---

(1) انظر: الدكتور صلاح سالم جوده: " القاضي الطبيعي " المرجع السابق، ص ٢٧ وما بعدها. الدكتور محمود احمد طه : " اختصاص المحاكم العسكرية بجرائم القانون العام في ضوء حق المتهم في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي "، دار النهضة العربية ، ١٩٩٤، ص ٥٥. الدكتور علاء محمد الصاوي سلام : " حق المتهم في محاكمة عادلة " ، مرجع سابق ، ص ٢٥٠ . الدكتور خيري أحمد الكباش: " الحماية الجنائية لحقوق الإنسان " ، مرجع سابق ، ص٥٩٨. الدكتور حاتم حسن بكار: " حماية حق المتهم في محاكمة عادلة " ، مرجع سابق ، ص ٤٩ وما بعدها. الدكتور رمزي رياض عوض : " الرقابة على التطبيق القضائي .."، مرجع سابق ، ص ٦٦.

(2) الدكتور علاء محمد الصاوي سلام : " حق المتهم في محاكمة عادلة " ، مرجع سابق ، ص ٢٥٢ . الدكتور خيري أحمد الكباش، " الحماية الجنائية لحقوق الإنسان "، مرجع سابق، ص٥٩٩.

(3) الدكتور علاء محمد الصاوي سلام : " حق المتهم في محاكمة عادلة " ، مرجع سابق ، ص ٢٥٢ .

فالقاضي الطبيعي، ليس مجرد وصف يطلق على قاض هذه وظيفته، وتلك تسميته، بل هو قاضي ذو مقومات معينة، إذا ما توافرت في حدها الأدنى كان طبيعيا، اما إذا اختلت هذه المقومات، أو انهار بعضها ظل قاضياً، ولكن غير طبيعي بالنسبة لما ينظره من قضايا، ويفصل فيه[1].

وفي هذا الصدد يتبادر إلى الذهن تساؤل عن كيفية اختلال القاضي الطبيعي أو بمعنى آخر متى يكون القاضي غير طبيعي.

ووفقاً لما ذهب إليه بعض الفقه[2]، فإن القاضي يصبح غير طبيعي عندما تسلب بعض اختصاصاته الدستورية والقانونية، أو عند الزج بعنصر غير قضائي معه في دائرة للحكم في نوع معين من القضايا، او عند تحصين احكامه من الطعن عليها. بمعنى اكثر وضوحاً ان الدستور حدد ضمانات عديدة تتمثل في كفالة الحرية الشخصية، واستقلال القضاء وعدم قابلية القضاة للعزل ومبدأ المساواة أمام القانون واحترام أصل البراءة، وكفالة حق الدفاع، ومبدأ التقاضي على درجتين، والفصل بين قضاة التحقيق وقضاة الحكم، والطعن في الأحكام بطريق النقض، وبالتالي فإن سلب إحدى هذه الضمانات أثناء التقاضي، يصبح القاضي فيها غير طبيعي.

وذهب جانب من الفقه الجنائي[3]إلى أن الشرعية الدستورية في الإجراءات الجنائية، تتطلب وحدة القضاء الطبيعي، استناداً إلى مبدأ المساواة أمام القضاء. ووضع هذا الفقه شروطاً للقول بأن القضاء طبيعي. وهذه الشروط تتمثل في الآتي:

أولاً: أن يكون إنشاء المحكمة، وتحديد اختصاصها بقانون.

وثانيا: أن تكون المحكمة منشأة وتمارس اختصاصها بقواعد عامة ومجردة.

ثالثا: أن تكون دائمة[4].

رابعاً: أن تتوافر فيها ضمانات الحيدة والاستقلال[1].

---

(1) الدكتور خيري احمد الكباش: المرجع السابق نفسه، ص٥٩٩.

(2) الدكتور خيري احمد الكباش: المرجع السابق نفسه ، ص٦٠٢.

(3)استاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور : " القانون الجنائي الدستوري "، ط٤، ٢٠٠٦، مرجع سابق، ص ٤٦٥. الدكتور حامد راشد : " دور المحكمة الدستورية العليا في إقرار مبادئ العدالة الجنائية " ، دار النهضة العربية ، ط١ ٢٠٠١ ، ص٢٦٥.

(4) انظر الدكتور حامد راشد : " دور المحكمة الدستورية العليا في إقرار مبادئ العدالة الجنائية " ، المرجع السابق، ص٢٦٥.

ومتى انطبقت هذه الشروط اصبحنا امام قضاء طبيعي، وبالتالي تكون من مصلحة المتهم ان يلجأ إليها.

ويفهم مما سبق ان اي محكمة يتم تشكيلها بعد ارتكاب الفعل الإجرامي، أو لا تتوافر فيها كافة الشروط والضمانات التي يجب ان تتوفر في القضاء العادي، فإنها لا تعد قضاءاً طبيعياً، ولا قيمة للاعتبارات التي يمكن ان توضع لتبرير مثل هذا الإنشاء لأنها- بلا شك- لا تعلو على احترام الحرية الشخصية، وأصل البراءة، وما يفترضانه من استقلال القضاء وحياده.

على ان التساؤل المثار هنا هو: مدى قبول إنشاء محاكم جنائية خاصة، تختص بنظر مراكز قانونية متميزة، سواء بالنسبة إلى الجريمة[٢]، أو بالنسبة إلى المتهمين بارتكابها[٣]، أو بالنسبة إلى كل من الجريمة والمتهمين بارتكابها[٤].

والإجابة على هذا التساؤل تكون من خلال البند التالي:

البند الثاني

نطاق الالتزام بضمانات القاضي الطبيعي

القاعدة العامة وفقاً لمبدأ المساواة أمام القضاء ان تكون كافة المحاكم قد انشئت وتحدد اختصاصها بقانون، ووفقاً للمبادئ المنصوص عليها في الدستور. وهو الأمر الذي اكدته التشريعات المقارنة ، حيث نصت المادة ٣٤ من الدستور الفرنسي، بأن القانون يختص بالمسائل الآتية " .. الإجراءات الجنائية والعفو وإنشاء المحاكم ونظام القضاء. ونصت المادة ١٦٧ من الدستور المصري بأنه " يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها، وينظم طريقة تشكيلها، ويبين شروط وإجراءات تعيين أعضائها ونقلهم. ويقابله بذات النص المادة ١٥٠ من الدستور اليمني.

والاتجاه السائد لدى الفقه، أنه إذا استخلص المشرع من ولاية هذا القضاء بعض الدعاوي الخاصة ببعض الجرائم، أو ببعض المتهمين وانشأ لها قضاء خاصاً- كقضاء الأحداث مثلاً- فإن هذا لا يقدح في كون هذا القضاء طبيعياً لا يخل بمبدأ المساواة

---

(١) انظر : الدكتور خيري احمد الكباش: المرجع السابق، ص٦٠٢. والمرجع المشار إليه في الهامش رقم١.

(٢) كما هو الحال في محاكم امن الدولة العليا التي نص عليها الدستور المصري في المادة ١٧١

(٣) كما في محاكم الأحداث .

(٤) كما في المحاكم العسكرية

أمام القضاء ما دام قد تحدد اختصاصها لضوابط موضوعية تتفق مع الغاية من القانون الصادر بإنشائها وهي فاعلية العدالة الجنائية ، شريطة أن لا تهدر الضمانات الدستورية والقانونية وفي مقدمتها الاستقلال والحياد[1] .

بيد أن الإخلال بمبدأ المساواة يقع حينما يفضي التنظيم القانوني إلى تقرير الولاية بنظر الدعوى الواحدة لجهتين من جهات القضاء، تختلفان في مدى ما يحظى به المتهم أمام كل منهما من ضمانات، ثم يكون أمر إحالته إلى هذه الجهة، أو تلك منوطاً بمشيئة سلطة الاتهام، أو غيرها. ومن ثم يكون مصير المتهم رهنا بإرادة صاحب القرار، إن شاء قدمه إلى هذه الجهة، فيكون في سعة من الضمانات، وإن شاء قدمه إلى الأخرى فيكون في ضيق منها[2] .

ومن الأحوال التي تتبدى فيها هذه الظاهرة المنتقدة، ما تضمنه القرار الصادر بقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ في مصر، بشأن حالة الطوارئ، حيث أجازت المادة التاسعة لرئيس الجمهورية، أو لمن يقوم مقامه، أن يحيل إلى محاكم الطوارئ الجرائم التي يعاقب عليها القانون العام، واستقرت أحكام القضاء في مصر على أن إضافة بعض جرائم القانون العام إلى اختصاص محاكم الطوارئ لا يسلب القضاء العادي شيئاً البتة من اختصاصه الأصيل الذي أطلقته المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية. وهكذا يئول الأمر إلى عقد الاختصاص بنظر الدعوى الواحدة للقضاء العادي، وقضاء الطوارئ في آن واحد، على الرغم من التفاوت البين في الضمانات المقررة للمتهم أمام كل منهما[3] .

ويبقى اختيار الجهة التي ترفع إليها الدعوى رهناً بمشيئة النيابة العامة، بحيث يسعها عند تماثل الجرائم أن ترفع الدعوى على متهم أمام هذه الجهة، وعلى متهم آخر أمام جهة أخرى. وهو ما يعد انتهاكاً خطيراً لمبدأ المساواة في التقاضي[4] ، وفي ذات الوقت يخل بالحماية الدستورية لأصل البراءة .

---

(1) انظر: أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري"، مرجع سابق، ص ٤٥٤ و٤٥٥. أستاذنا الدكتور أحمد صبحي العطار :" حق الإنسان في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي"ص ١٣. الدكتور خيري أحمد الكباش: المرجع السابق، ص٦٠٢.

(2) انظر : الدكتور عوض محمد عوض: " المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية " مرجع سابق ، ص٥٢٨.

(3) راجع الدكتور خيري أحمد الكباش: المرجع السابق، ص٦٠٢،الهامش رقم١.

(4) الدكتور عوض محمد عوض : " المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية " ، مرجع سابق ، ص٥٢٩.

وفي فرنسا أعربت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان عن قلقها بشأن قوانين مناهضة الإرهاب في فرنسا، التي تمنح ولاية قضائية خاصة لمحكمة مركزية تخول لممثلي الادعاء فيها سلطات خاصة للقبض والتفتيش، وتبيح احتجاز المشتبه فيهم في مراكز الشرطة مدة قد تصل إلى اربعة أيام (ضعف المدة العادية). وبموجب هذه القوانين، ليس للمتهم ذات الحقوق المكفولة له في المحاكم العادية. وعلاوة على ذلك فليس للمتهم الحق في الاتصال بمحام خلال الاثنتين والسبعين ساعة الأولى من احتجازه لدى الشرطة، وليس له الحق في الاستئناف ضد أحكام المحكمة الخاصة[1].

ويدق الأمر بالنسبة لتشكيل محاكم خاصة، أو استثنائية،إذ إنه في غالب الأحوال تفتقر للضمانات التي توفرها الإجراءات المتبعة في المحاكم العادية.و اشارت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أن "السببَ في إنشاء هذه المحاكم في الغالب هو: فتح الباب امام تطبيق إجراءات استثنائية، لا تتمشى مع المعايير العادية للعدالة"[2].

ولا توجد في فرنسا محاكم استثنائية، وينتقد غالبية الفقه الفرنسي تشكيل محاكم استثنائية يزج فيها عنصر غير قضائي أو تطبق فيها معايير لا تتمشى مع الضمانات التي تطبقها المحاكم العادية[3].

وفي مصر سمح المشرع المصري بتشكيل محاكم استثنائية، أو خاصة، أوكَلَ إليها اختصاصات سواء ما تعلق منها بالجريمة، كمحاكم أمن الدولة العليا، أو بالنسبة لمرتكبها، كما في محاكم الأحداث، أو الاثنين معاً، كما في المحاكم العسكرية[4].

---

(1) المرجع السابق نفسه.

(2) دليل المحاكمات العادلة مرجع سابق .

(3)Faustin-Hélie: "Traité d'instruction criminelle",P.397.

اشار إليه أستاذنا الدكتور أحمد صبحي العطار: المرجع السابق، ص ١٥ هامش٢.

(4) ومن المهم أن نلقي الضوء على أبرز المحاكم الاستثنائية أو الخاصة في مصر للوقف على مدى التزامها بضمانات القاضي الطبيعي وذلك في صورة موجزة وسريعة دون الخوض في غمار تفاصيلها.

١- محاكم أمن الدولة العليا طوارئ:

والتي أنشئت بموجب القانون ١٦٢ لسنة ١٩٥٨م بشأن حالة الطوارئ، وقد قالت عنها المحكمة الدستورية العليا في مصر: إنها محكمة استثنائية لا تتبع القضاء العادي (جلسة ٣ نوفمبر ٢٠٠١ القضية رقم ١٢ لسنة ٢١ قضائية " تنازع"، مجموعة أحكام المحكمة الجزء العاشر ، ص ١٢٠٨. و أهم ما يؤخذ على هذه المحكمة هي افتقادها لضمانة مهمة من ضمانات المحاكمة العادلة والمنصفة، وهذه الضمانة هي الحق في الطعن على أحكامها امام محكمة اعلى، وكذلك ضرورة تصديق رئيس الجمهورية على أحكامها لصيرورته نهائيا قابل للتنفيذ بالمخالفة للعديد من المبادئ القضائية.ولأهم من ذلك انتهاكها للحق في أصل البراءة-

وأما في اليمن، فلا توجد محاكم خاصة او استثنائية. غير ان هناك محاكمة متخصصة منحت ولاية قضائية خاصة بقضايا أمن الدولة. وهي تخضع لذات الإجراءات والضمانات التي تخضع لها المحاكم الأخرى.

ولئن كان القانون الدولي لا يحظر في حد ذاته تشكيل محاكم خاصة أو استثنائية.طالما تحترم المعايير الدولية في حدودها الدنيا، فإن الواقع العملي اثبت ان ايأ

-الذي لا ينقضه سوى الحكم البات بالإدانة صادر بموجب محاكمة علنية توفر له فيها الضمانات الأساسية التي تكفل بتكاملها مفهوما للعدالة يتفق بوجه عام مع المواثيق الدولية للمحاكمة العادلة والمنصفة.

٢ - محكمة القيم:

انشئت تلك المحكمة بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ بشأن حماية القيم من العيب، وتفتقر هذه المحكمة ا لمبدا استقلال القضاء، حيث تشكل من شخصيات قضائية وشخصيات عامة غير قضائية، وهي شخصيات لا تتمتع بحصانة القضاء واستقلاليته (م ٢٧ من القانون). ولكن المحكمة الدستورية العليا في مصر ذهبت إلى انها انشئت كمحكمة دائمة لتباشر ما أنيط بها من اختصاصات حددتها المادة ٣٤ من قانون حماية القيم من العيب وفقاً للضوابط والإجراءات المنصوص عليها فيه والتي كفلت للمتقاضين أمام تلك المحاكم ضمانات التقاضي من إبداء دفاع وسماع أقوال وتنظيم طرق الطعن في احكامه ، وبالتالي تكون تلك المحكمة هي القاضي الطبيعي في مفهوم المادة ٦٨ من الدستور " انظر حكم المحكمة في ١٦ /١٩٨٧/٥ في القضية رقم ٦٠ لسنة ٤ قضائية " دستورية".الجريدة الرسمية العدد ٢٢ في ٣١ مايو ١٩٨٧ ، ص ١٠٦٨.

٢- المحاكم العسكرية:

الأصل أن المحاكم العسكرية تختص فقط بمحاكمة العسكريين أو الجرائم العسكرية ، غير ان سلطان اختصاصها امتد ليشمل المدنيين المرتكبين لبعض الجرائم الواردة في الباب الأول من الكتاب الثاني من قانون العقوبات المصري، مستندة في ذلك إلى نص المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦م بشأن الأحكام العسكرية، وهو قانون سابق على صدور الدستور ، حيث نصت تلك المادة المعدلة بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠ علي أن "تسري أحكام هذا القانون على الجرائم المنصوص عليها في البابين الأول والثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات وما يرتبط بها من جرائم والتي تحال إلى القضاء العسكري بقرار من رئيس الجمهورية". ولرئيس الجمهورية متى أعلنت حالة الطوارئ أن يحيل إلى القضاء العسكري ايًا من الجرائم التي يعاقب عليها قانون العقوبات أو اي قانون آخر".

وهذا الوضع منتقد للأسباب التالية:

١. أنها محاكم غير مستقلة بحكم طبيعة تشكليها من ضباط القوات المسلحة، وبوصفها جزءًا من الإدارة العامة، فالقضاء العسكري إحدى إدارات القيادة للقوات المسلحة، كما أن قضاتها يعينون لمدة سنتين قابلة للتجديد بقرار من وزير الدفاع، وهو ما يتعارض مع مبدا عدم قابلية القضاة للعزل.

٢. عدم خضوع الأحكام الصادرة عن المحاكم العسكرية لإشراف محكمة عليا تراقب سلامة تطبيقها للقانون، حيث تخضع هذه الأحكام لسلطة التصديق من رئيس الجمهورية بصفته القائد الأعلى للقوات المسلحة أو من يفوضه من ضباط القوات المسلحة.

٣. تخالف هذه المحاكم العديد من الضمانات اللازمة للمحاكمة المنصفة، كحق المتهمين في إعداد دفاعهم وحرمانهم من الاستعانة بمحاميهم الوكلين، وإهدار حق الدفاع في الإطلاع على ملفات القضايا، و منع المتهم من مقابلة موكله على انفراد.

من هذه المحاكم لا يحترم بالفعل ضمانات الحق في المحاكمة العادلة الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وفي المعاهدة الدولية للحقوق المدنية والسياسية.

وقد اوصت اللجنة الأمريكية الدولية بإلغاء المحاكم الخاصة بمحاكمة الأشخاص المتهمين بارتكاب جرائم إرهابية، التي تحجب فيها هوية القضاة ورجال الادعاء، والتي تتبع فيها إجراءات سرية لتقديم الشهود وأخذ أقوالهم[1].

وخلاصة القول: إنه إذا كانت فاعلية العدالة الجنائية تسمح بقيام المحاكم الخاصة او الاستثنائية في أحوال معينة بهدف الوصول إلى الحقيقة، فإنها لا تسمح بإهدار قيم اخرى تتمثل في معاملة المتهم على أساس أنه بريء مهما كانت جسامة الجريمة، وأن هذا الأصل لا يمكن نقضه بغير الحكم البات الصادر بالإدانة من محكمة مشكلة بحكم القانون تتوفر فيها مقومات الاستقلال والحياد، و تكون الإجراءات المتبعة فيها متمشية مع الضمانات الإجرائية الدنيا للمحاكمة المنصفة والمحددة في المعايير الدولية. والدساتير المتحضرة. فإذا افتقرت المحاكمة لأي من تلك المعايير و الضمانات، كنا أمام قضاء استثنائي، يفتقر لمبدأ المساواة أمام القضاء، ويخل بالحق في التقاضي أمام القاضي الطبيعي، و ينتهك أصل البراءة الذي كفلته المواثيق الدولية وأكدته الدساتير. باعتباره مفترضاً أوليا لإدارة العدالة الجنائية إدارة فاعلة.

المبحث الرابع

علانية المحاكمة و أثرها في حماية أصل البراءة

يمثل الحق في علانية المحاكمة " La publicité " إحدى الضمانات الأساسية لعدالة، واستقلالية التقاضي، وهو وسيلة لحماية الثقة العامة في نظام العدالة[2].

ولا يعني الحق في علانية المحاكمة، أن يحضر أطراف الدعوى الجلسات فحسب، بل أن تكون الجلسات مفتوحة أمام الجمهور العام، بما في ذلك وسائل الإعلام. فللجمهور الحق في أن يعرف كيف تدار العدالة والأحكام التي ينتهي إليها النظام القضائي[3].

---

(1) المرجع السابق نفسه.

(2) Gaston STEFANI, Georges LEVASSEUR et Bernard BOULOC :"Procédure pénale, 16e édition, Dalloz.1996.p684.

(3) الدكتور حامد راشد:" دور المحكمة الدستورية العليا في إقرار مبادئ العدالة الجنائية "مرجع سابق، ص٣٠٢ وما بعدها.

وسوف نناقش ضمان علانية المحاكمة، واثر ذلك على حماية أصل البراءة من خلال بيان أهميته، وسند هذا المبدأ ، ومناط العلانية، والاستثناءات التي ترد عليها. ثم نبين في ختام ذلك تأثير العلانية على الحق في اصل البراءة. وذلك من خلال ما يلي:

أولاً :أهمية العلانية :

الحق في محاكمة علنية يهدف- في المقام الأول - للمساعدة في ضمان محاكمة عادلة للمتهمين، وحمايتهم من اية محاولة لإساءة استغلال إجراءات التقاضي الجنائي، لإيقاع الأذى بهم[1]،إذ من شأنه ان يجعل القاضي وممثل الادعاء حريصين على اداء واجباتهما باقتدار مهني، وفي إطار من النزاهة.

وعلى صعيد آخر، تؤدي المحاكمة العلنية إلى الكشف عن الحقيقة بشكل افضل؛ فهي تشجع الشهود على قول الصدق، وتبث الطمأنينة في نفس المتهم. وعلاوة على ذلك، فالمصلحة العامة، تستوجب عقد المحاكمات علانيةً، فمن حق الجماهير، ان تعرف كيف تُطبّق العدالة، والأحكام التي يصل إليها النظام القضائي، وهي في ذلك تدعم الأثر الردعي للقواعد القانونية من خلال الوقوف على ما يواجه به الخارجون على مقتضاها[2].

ثانياً : سند الحق في علانية المحاكمة :

وأكدت المواثيق الدولية على الحق في محاكمة علنية ، حيث نصت المادة ١/١١ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن " كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى ان تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه.

كما أوردته المادة ١/١٤ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية، حيث نصت على أن "... من حق كل فرد لدي الفصل في اية تهمة جزائية توجه إليه، أو في حقوقه و التزامات في أية دعوى مدنية ، ان تكون قضيته محل نظر منصف، و علني من قبل محكمة مختصة مستقلة حيادية ، منشاة بحكم القانون... "

---

(١) انظر : الدكتور حاتم بكار : " حماية حق المتهم في محاكمة عادلة " ، مرجع سابق ، ص١٨٤.

(٢)انظر : الدكتور حسن صادق المرصفاوي : " ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية " ، معهد البحوث والدراسات العربية ، ١٩٧٣ ، ص١١. الدكتور جمال الدين العطيفي : " الحماية الجنائية للخصومة من تأثير النشر " ، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ، ص ٥١٢ .

ونصت الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان في المادة ١/٦ على انه " لكل شخص ـ عند الفصل في حقوقه المدنية والتزاماته، أو في اتهام جنائي موجه إليه ـ الحق في محاكمة علنية عادلة خلال مدة معقولة امام محكمة مستقلة غير منحازة مشكلة طبقاً للقانون".

وقد حرصت الدساتير المختلفة على تأكيد هذا الحق، حيث نصت المادة ١٦٩ من الدستور المصري على ان " جلسات المحاكم علنية، إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية مراعاة للنظام العام، أو الآداب. وفي جميع الأحوال يكون النطق في الحكم علنية".

ونصت المادة ١٥٤ من الدستور اليمني على أن " جلسات المحاكم علنية، إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية مراعاة للنظام العام، والآداب. وفي جميع الأحوال يكون النطق في الحكم علنياً".

ثالثاً: مناط علانية المحاكمة:

تقتضي علانية المحاكمة، إجراء جلسة شفوية للادعاء والمرافعة في حضور الجمهور، بما في ذلك الصحافة، وفقاً لموضوع القضية. ويجب أن تعلن المحاكمة عن موعد ومكان جلسات المرافعة للجمهور العام، وأن توفر التسهيلات اللازمة في الحدود المعقولة لحضور الأفراد المعنيين من الجمهور تلك الجلسات[١].

وقد اوضحت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، واللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان أن محكمة واحدة ـ على الأقل ـ يجب أن تعالج حيثيات القضية علانية، ما لم تكن الدعوى تندرج تحت بند الاستثناءات الجائزة. وخلصت المحكمة المذكورة إلى أنه، حيثما أجريت جلسة شفوية لحيثيات الدعوى في محكمة دنيا، فلا يشترط أن يتم نظرها في مرحلة الاستئناف شفاهةً، أو علناً. ومع هذا، فقد ينشأ الحق في إجراء جلسة شفوية في هذه المرحلة عندما يكون من شأن دعوى الاستئناف أن تثير قضايا حول وقائع الدعوى، أو نصوص القانون[٢].

---

(١) انظر : د حسن صادق المرصفاوي : " ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية " ، معهد البحوث والدراسات العربية ، ١٩٧٣ ، ص ٩. الدكتور عوض محمد عوض : " المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية " ، مرجع سابق ، ص٥٩٦ وما بعدها .

(٢) دليل المحاكمات العادلة ، مرجع سابق .

رابعاً: الاستثناءات الجائزة من المحاكمة العلنية :

يجوز استبعاد الصحافة والجمهور العام من حضور جلسة، أو جلسات المحاكمة لدواعي محددة بدقة. وتكاد تكون الأسباب، أو الدواعي واحدة في كل من "العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية" و"الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان" والدساتير في البلدان المقارنة. وتتمثل هذه الأسباب في الآتي:

السبب الأول: مراعاة الآداب العامة، ومن أمثلتها الدعاوى التي تشتمل على جرائم جنسية.

السبب الثاني: النظام العام. والمقصود هنا في المقام الأول الدعاوى التي من شأنها أن تؤثر في النظام داخل قاعة المحكمة.

السبب الثالث: وهو ما يتعلق بالأمن القومي، وهو المنصوص عليه في العهد الدولي، وقد وضع خبراء القانون الدولي، والأمن القومي، وحقوق الإنسان شرطاً مهما لكي يكون القيد المفروض على المحاكمة العلنية تحت مسوغ الأمن القومي مشروعاً، وذلك بقولهم : "لا يعد القيد المطلوب فرضه تحت مسوغ الأمن القومي مشروعاً، ما لم يكن الغرض الحقيقي منه، والأثر الناجم عنه، والذي يمكن التدليل عليه، هو حماية وجود البلاد، أو سلامة أراضيها ضد محاولات لاستخدام القوة، أو التهديد باستخدام القوة، أو للحفاظ على قدرتها؛ للتصدي لأية محاولة لاستخدام القوة، أو لأي تهديد باستخدامها، سواء أكان ذلك من مصدر خارجي، مثل تهديد عسكري، أو من مصدر داخلي، مثل التحريض على قلب نظام الحكم"[1].

السبب الرابع: ضرورة الحفاظ على مصالح القُصّر، أو الحياة الخاصة لأطراف الدعوى، أو إذا رأت المحكمة وجود ضرورة قصوى تتطلب ذلك في الحالات الخاصة التي سوف تضر العلانية فيها بمصلحة العدالة[2].

ومجمل القول: إن الاستبعاد من ضمان المحاكمة العلنية، لا يكون إلا لحماية قيم أخرى كفلتها الشرعة الدولية والدستورية وتتمثل في حماية حرمة الحياة الخاصة، أو حماية النظام العام، أو الآداب[3].

---

(1) المرجع السابق نفسه.
(2) انظر المادة ١٤ /١ من "العهد الدولي"، والمادة ٦ /١ من "الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان".
(3) أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور، " القانون الجنائي الدستوري " ، مرجع سابق ، ص٥١٤.

وقد رات اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان، ان استبعاد الجمهور العام من حضور جلسات قضية تدور حول جرائم جنسية ضحاياها من الأطفال القصر، أمر جائز بموجب المادة ١/٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان[١].

وقررت المحكمة الأوروبية، ان دواعي النظام العام والأمن تبرر استبعاد الصحافة والجمهور العام من حضور المحاكمات التأديبية التي تجرى في السجون للسجناء المحكوم عليهم. واوضحت المحكمة، ان عقد هذه المحاكمات علانية، سوف يشكل "عبئاً غير متناسب على السلطات الرسمية[٢]".

ولا تجيز "الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان" تقييد الحق في المحاكم العلنية في الدعاوى الجنائية إلا "بالقدر الضروري لحماية مصالح العدالة[٣]".

خامساً: النتائج المترتبة على انتهاك الحق في محاكمة علانية:

اعتبرت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، واللجنة الأمريكية الدولية، أن المحاكمات السرية التي تجرى في بيرو وكولومبيا، للمتهمين بارتكاب "جرائم متصلة بالإرهاب" وتهريب المخدرات، تنتهك الحق في المحاكمة العادلة[٤].

ففي بيرو، يُمنع الجمهور العام من حضور وقائع المحاكمات في هذه القضايا، وفي دعاوى الاستئناف التالية، أو جلسات المراجعة التي تعقد في دوائر المحاكم أمام قضاة يجلسون وراء شاشات تخفي هويتهم عن عيون المتهمين. ويُعرف هؤلاء القضاة، الذين يستخدمون أرقاماً بدلاً من أسمائهم في جميع وثائق المحكمة، باسم "القضاة المُقنَّعين".

وحثت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان حكومة بيرو على أن تلغي نظام "القضاة المقنعين" وان تضمن إعادة العمل بنظام المحاكمات العلنية لجميع الأشخاص المتهمين بارتكاب افعال جنائية، ومن بينهم المتهمون بارتكاب انشطة متصلة بالإرهاب. ورغم ان نظام "القضاة المقنعين" قد الغي في أكتوبر ١٩٩٧، إلا ان محاكمات مرتكبي الجرائم المتصلة بالأنشطة الإرهابية مازالت تعقد في بيرو في جلسات مغلقة، سواء في محاكم عسكرية مغلقة أو في سجون مدنية[٥].

---

(١) دليل المحاكمات العادلة، مرجع سابق.

(٢) المرجع السابق نفسه.

(٣) انظر: المادة ٨ /٥ من "الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان".

(٤) دليل المحاكمات العادلة مرجع سابق .

(٥) المرجع السابق نفسه.

ونرى ان انتهاك الحق في محاكمة علانية لا يشكل انتهاك للحق في المحاكمة المنصفة فحسب، بل و يشكل انتهاك للحق في أصل البراءة، حيث يثير ذلك الشكوك حول وجود نية مبيتة للإدانة.

سادساً : مدى تأثير علانية المحاكمة على أصل البراءة:

أكدنا أن العلانية تهدف إلى ضمان حق المتهم في محاكمة عادلة، ومن ثم، فإن الأصل فيها أنها تحقق الحماية الجنائية لأصل البراءة، إلا ان هناك من يرى أن العلانية من شأنها الإضرار بالمتهم. حيث تضعف من الأوجه الايجابية لأصل البراءة، باعتبار ان الاتهام، وما يصاحبه من إجراءات علنية يلحق بالمتهم وصمة سيئة، ويفقده قدراً كبيراً من احترام الناس، وقد يجد نفسه مضطراً للبوح أمام عامة الجمهور بأمور تتعلق بحياته الشخصية، كان الأولى عنده كتمانها[1].

ويرد البعض -بحق- على الرأي السابق[2] بقوله : إن الفوائد التي تعود من علانية المحكمة تكون أكبر من هذا الضرر خصوصاً إذا صدر الحكم ببراءته، فإن من شأنه ان يجعل كل من حضر يسمع بنفسه النطق ببراءته. أما إذا صدر الحكم بالإدانة، وما قد ينجم عنها من اضرار - ظاهرية- هي ترضية لضحايا الجريمة، وايضاً استحقاق يدفعه الشخص لمصلحة العدالة.

ولكن الخطورة الحقيقية على أصل البراءة - من وجهة نظرنا- هي ليست في علانية المحاكمة وحضور الجماهير. وما تختزله من شعور تجاه المتهم، وإنما تكمن في الصحافة - ووسائل الإعلام بشكل عام- حينما تتناول بعضها وقائع قد توحي بأن المتهم مذنب قبل أن يقول القضاء كلمته، مما يشكل انتهاكاً لأصل البراءة.

ولخطورة دور الصحافة، ووسائل الإعلام الأخرى على أصل البراءة، فإننا سوف نفرد لها مبحثاً مستقلاً على النحو التالي:

---

(1) راجع : الدكتور حاتم بكار: " حماية حق المتهم في محاكمة عادلة " ، مرجع سابق ، ص١٨٥.
الدكتور علاء محمد الصاوي سلام : " حق المتهم في محاكمة عادلة " ، مرجع سابق ، ص ٣٩٢.
(2) الدكتور حاتم بكار : المرجع السابق ، ص١٨٥.

المبحث الخامس

حماية أصل البراءة في مواجهة التجاوزات الإعلامية

أولاً: قيمة الحق في التعبير وحق الإعلام:

لاشك أن حرية التعبير تعد أحد المقومات الأساسية للمجتمع الديمقراطي، واحد الشروط الرئيسية لتقدمه ونهوضه[1]. "وترتد في حقيقتها إلى الحرية الأم، وهي الحرية الشخصية التي فطر الله الناس عليها، لا تبديل لخلق الله"[2]. ومن اجل ذلك فقد حرصت المواثيق الدولية، والإقليمية على كفالة هذا الحق. كما ضمنته الدساتير لدى البلدان المتحضرة.

فعلى المستوى الدولي: جاء في المادة ٢/١٩ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بأنه " لكل إنسان حق في حرية التعبير..". وعلى المستوى القاري جاء في المادة ١/١٠ من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان بأنه " لكل إنسان الحق في حرية التعبير"

Toute personne a droit à la liberté d'expression

وفي التشريعات الداخلية المقارنة، نص المشرع المصري في المادة ٤٧ من الدستور بأن " حرية الراي مكفولة، ولكل إنسان التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون... ". كما نصت المادة ٤٨ من الدستور بأن " حرية الصحافة والطباعة والنشر ووسائل الإعلام مكفولة ... "

وفي اليمن نصت المادة السادسة من الدستور، على تأكيد العمل بميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان وميثاق جامعة الدول العربية وقواعد القانون الدولي المعترف بها بصورة عامة. كما نصت المادة ٤٢ من الدستور بأنه "... وتكفل

---

(١) لمزيد من التفاصيل حول حرية التعبير انظر: الدكتور طارق فتحي سرور: " جرائم النشر والإعلام " ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٤ ، ص ٣ وما بعدها. الدكتور حسن عبد الله قايد : " حرية الصحافة " دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة.

وانظر:

Jacques Francillon:"Liberté d'expression, dignité te de la personne et présomption d'innocence, Rev. Pénitentiaire et de droit pénal,Cujaz,N°1,Avril.2001,p195 et s. Bernard Beignier:" La protection de la personne mise en examen in Liberté de la presse et droits de la personne, 1997 Dalloz p. 98 et s.

(٢) انظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٥ مايو ٢٠٠١ في القضية رقم ٢٥ لسنة ٢٢ قضائية " دستورية" ، مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا ، الجزء التاسع ، ص ٩٢٤.

الدولة حرية الفكر والإعراب عن الراي بالقول و الكتابة والتصوير في حدود القانون ".

وفي هذا الصدد قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأن " ضمان الدستور لحرية التعبير عن الآراء، والتمكين من عرضها ونشرها، سواء بالقول، أو بالتصوير، أو بطباعتها، أو بتدوينها. وغير ذلك من وسائل التعبير، قد تقرر بوصفها الحرية الأصل التي لا يتم الحوار المفتوح إلا في نطاقها.."[1].

ويشمل حرية التعبير حرية التماس مختلف ضروب المعلومات، والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين. دونما اعتبار للحدود، سواء على شكل مكتوب، أو مطبوع، أو في قالب فني، او بأية وسيلة أخرى يختارها. وتعد حرية الصحافة من أهم صور حرية التعبير، واكثرها اهمية، وابلغها أثراً. ولذلك فقد كفلها الدستور المصري بنص المادة ٤٧ سالفة الذكر.

ثانياً: التوفيق بين الحق في أصل البراءة واحترام الحق في حرية التعبير:

إذا كانت حرية الإعلام، أو حرية الصحافة بشكل خاص، من اهم الحقوق التي كرستها المواثيق والدساتير، إلا أن هذا الحق يقف في مواجهته حق آخر يحظى في ذات الوقت بالحماية الدولية والدستورية، وهو الحق في أصل البراءة[2].

وأمام هذين المبدأين، يجب إجراء توازن بين الهدف المشروع الذي تتوخاه حرية التعبير، وبين حماية الحقوق والحريات التي تقتضي أن ينظر للمتهم على أنه بريء حتى تثبت إدانته بحكم بات. وبالتالي عدم السماح بنشر اخبار ضد المتهم، مما يسيء إلى مركزه في الدعوى وينتهك حقه في أصل البراءة[3].

ومن المهم، أن نشير إلى ان مؤتمر مدريد الذي انعقد في العاصمة الاسبانية مدريد في الفترة من ١٨-٢٠ يناير ١٩٩٤ وشارك فيه العديد من خبراء القانون والإعلاميين و المفوضية الدولية للقضاء، ومركز استقلال القضاء والمحاماة ولجنة اليونيسيف

---

(1) انظر : حكم المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٥ مايو ٢٠٠١ في القضية رقم ٢٥ لسنة ٢٢ قضائية " دستورية" ، مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا ، الجزء التاسع ، ص ٩٢٤.

(2)Jacques Francillon:"Liberté d'expression,dignité te de la personne et présomption d'innocence, op. cit. p196.

(3)Catherine SAMET:" La présomption d'innocence ", Revue Pénitentiaire et de droit pénal , N° 1 Avril 2001, p15.

وانظر: أستاذنا الدكتور احمد فتحي سرور، " القانون الجنائي الدستوري "، مرجع سابق، ص ٢٩٤.

الأسبانية، فقد خرج هذا المؤتمر بجملة من المبادئ،منها " ان وظيفة الصحافة في الحصول على المعلومات ونقلها إلى العامة تدخل في إطارها التعليق على إدارة العدالة والقضايا المنظورة امام القضاء، قبل وبعد واثناء المحاكمة، شريطة ان لا تتعدى الصحافة في هذه الوظيفة على افتراض البراءة في المتهم"[1].

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في أحدث حكم لها، إلى ان حرية التعبير المنصوص عليه في المادة العاشرة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية تلقي على عاتق ممارسها واجبات وتحمله مسؤوليات وبالتالي يُمكنُ أن يخضع لشروط او لقيود أو لعقوبات منصوص عليها في القانون، وفقاً للمعايير الضرورية في مجتمع ديمقراطي، وبشكل خاص لحماية حقوق الآخرين وفي مقدمتها الحق في قرينة البراءة"[2].

ثالثاً: حالات الاعتداء على أصل البراءة من قبل الصحافة في القانون الفرنسي:

اكدت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في سنة ١٩٩٧ ، بأن إبداء الصحفي لرايه بوضوح حول إدانة المتهم، من شأنه ان يجعل مقاله مؤثراً في الدعوى المرفوعة على المتهم، مما يؤثر في حيدة السلطة القضائية[3].

واشارت لجنة إصلاح العدالة الجنائية التي شكلت في فرنسا من قبل الرئيس الفرنسي جاك شيراك في ٢١ ينايرعام ١٩٩٧ في تقريرها بشأن "حريَّة المعلومات و

---

(1) نقلا عن كتاب القسطاس، تحت عنوان حرية الراي والتعبير في التشريعات اليمنية، يصدره برنامج الثقافة القانونية ص ٢٨ .

(2)"Si l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnaît, en son premier paragraphe, à toute personne le droit à la liberté d'expression, ce texte prévoit, en son second paragraphe, que, cette liberté comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumise à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent, dans une société démocratique, des mesures nécessaires, notamment les droits d'autrui au nombre desquels figure la présomption d'innocence"Crim. du 25 Octobre 2005. REJET, N° 05-81.457.- C.A. Paris, 21 février 2005.M. Cotte, Pt. - M. Pometan, Rap. - M. Davenas, Av. Gén. - Me Bouthors, Av.

(3)Renée KOERING-JOULIN, Antoine BUCHET, Jean-Louis COSTE, (et al.):" La Présomption d'innocence en droit comparé :"colloque organisé par le Centre français de droit comparé à la Cour de Cassation, Paris, le 16 janvier 1998. Paris : Société de législation comparée, 1998.

على الموقع التالي : http://www.assemblee-nationale.fr/rapports/r1468-02.asp

"قرينة البراءة"، وحق المواطنين في الحصول على المعلومات"،إلى ان حق المواطنين في الحصول على المعلومات، يعد استثناء من " قرينة البراءة". وعلى أية حال تتحمل الصحافة المسئولية الجنائية عندما تنشر اخبار توحي بأن الشخص مذنب"[١].

واشار التقرير ايضاً إلى، ان " تصحيح الضرر الناجم عن انتهاك أصل البراءة من قبل وسائل الإعلام، يمكن ان يتم بتوسيع نطاق تطبيق نص المادة ٩-١ من التقنين المدني، وباقتراح من النيابة العامة، ومن خلال منح بعض التسهيلات في الإثبات في مسائل الراديو والتلفزيون"[٢].

ومن الأهمية بمكان أن نشير إلى أن المشرع الفرنسي أدخل بمقتضى قانون تدعيم " قرينة البراءة" لسنة ٢٠٠٠ تعديلات على المادة ٩-١ من القانون المدني، والمادة ٣٥ مكرر من قانون الصحافة، ليؤكد وجود ارتباط بين حرمة الحياة الخاصة، والحق في احترام قرينة (أصل) البراءة.

وفي هذا الصدد نصت المادة ٩-١ من التقنين المدني الفرنسي على أن " لكل شخص الحق في احترام قرينة البراءة، وإذا عرض الشخص، قبل أي حكم بالإدانة، على الجمهور ، على أساس انه ارتكب الأعمال الإجرامية محل الاستدلالات،او التحقيق القضائي كان للقاضي ودون إخلال بحق الشخص في التعويضات، أن يأمر بجميع الإجراءات اللازمة لإصلاح ما تم، كنشر تصحيح او إصدار بيان على نفقة الشخص الطبيعي، أو المعنوي المسئول عن هذا الاعتداء، بغرض وقف الاعتداء على قرينة البراءة "[٣].

وواضح من نص المادة السابقة، أن الاعتداء على أصل البراءة من قبل وسائل الإعلام يكون بتوافر ثلاثة شروط هي:

---

(١)" La liberté d'information et la présomption d'innocence et droit des citoyens à l'information:" Il ne doit être dérogé à la liberté d'information, droit des citoyens, qu'exceptionnellement. Toutefois, la responsabilité pénale des entreprises de presse peut être recherchée. De même les sondages sur la culpabilité sont prohibés".
Pierre Truche, Rapport de la commission de réflexion sur la Justice, Juillet 1997, op. cit.p.81.

(٢)"La réparation des atteintes à la présomption d'innocence peut se faire par la voie civile, en étendant le champ d'application de l'article 9-1 du code civil, au besoin à l'initiative du parquet, et en accordant des facilités de preuve en matière de radio et de télévision". Rapport: ibid.

(٣) سبق الإشارة إلى النص في دراستنا السابق.

الشرط الأول: ضرورة وصف الشخص بأنه مذنب جنائياً:

من العناصر المكونة للاعتداء على اصل البراءة، أن يوصف الشخص بأنه مذنب جنائيا ويستفاد ذلك من عبارة:

Présentée publiquement comme étant coupable[1].

وقد أثير هذا النص التساؤل حول ما إذا كان الاعتداء على اصل البراءة يقتضي أن يكون وصف الشخص بأنه مذنب بشكل صريح، أم يكفي لذلك التلميح بأنه مذنب؟

وفي الواقع أن محكمة النقض الفرنسية، قضت بأنه يجب على محكمة الاستئناف أن تستظهر هذا الشرط في حكمها، وإلا فإنها تكون قد خالفت نص المادة ٩-١ من التقنين المدني الفرنسي. كما قضت بأنه لا يكفي في هذا الشأن مجرد ان تذكر الجريدة بعض الظروف التي وصفتها محكمة الاستئناف بأنها " لا يمكن إلا أن تدفع القارئ حتماً إلى الاعتقاد بأن الشخص المعني لا يمكن إلا ان يكون مذنباً"[2].

الشرط الثاني: أن تنسب للشخص وقائع إجرامية محددة:

لكي يكون هناك اعتداء على أصل البراءة من قبل وسائل الإعلام، يقتضي ذلك ان تنسب إلى الشخص وقائع إجرامية محددة. أما إذا سردت وقائع موضوعية، غير متنازع فيها. فلا يشكل ذلك اعتداء على أصل البراءة.

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية، بأنه " لا يعد اعتداء على قرينة البراءة، أن يذكر الصحفي بعض الوقائع على لسان بعض الشهود، وبعض رجال الشرطة، والتي ربط بينها، وبين توجيه الاتهام للشخص من قاضي التحقيق، طالما أنها لم تؤكد على إدانته في القضية"[3].

ومن الجدير بالذكر ان بعض الفقه[4] ذهب إلى أن نشر الوقائع المادية بطريقة موضوعية، أصبح له سند تشريعي، فقد تضمنته الفقرة الثالثة من المادة ١١ من

---

(1) voir: Hélèn Bureau:" La présomption d'innocence devant le juge civil cinq ans de l'application de l'article 9-1 du code civil. Op. cit. p.1696.

(2)Civ.1, 12 juillet 2001, Bull. n° 222. Civ. 2, 20 juin 2002, Bull. n° 142 ; Civ. 2, 13 novembre 2003, Bull. n° 335.

(3)Civ.1, 6 mars 1996, Bull.N123, p. 88. Civ. 1, 19 octobre 1999, Bull.n286, p.186.

(4) الدكتور اسامة ابو الحسن المجاهد، " الحماية المدنية للحق في قرينة البراءة "، مرجع سابق، ص٧٦ و٧٢.

قانون الإجراءات الجنائية بعد تعديلها في ١٥ يونيه ٢٠٠٠،إذ نصت على انه " .. من اجل تفادي نشر معلومات مشوشة، او غير صحيحة، او لوضع حد لاضطراب النظام العام، يجوز لمدعي الجمهورية من تلقاء نفسه، او بناء على طلب قاضي التحقيق، او الخصوم، ان يخبر بنفسه الجمهور عن بعض العناصر الموضوعية المستخلصة من القضية . والتي لا تتضمن اي تعليق بخصوص صحة الواقعة المنسوبة ضد الأشخاص محل القضية"[١] .

ويظهر من ذلك، أن الحق في أصل البراءة لا يكون منتهكاً، إذا اطلعت السلطات الرأي العام على أنباء التحقيقات الجنائية. وذكرت في سياق ذلك اسم المشتبه فيه. أو أعلنت أنها قبضت عليه، أو أنه اعترف، طالما لم يقترن هذا بأي تصريح يفيد بأنه مذنب.

الشرط الثالث: مساهمة ملحقات المقال في تحقيق الاعتداء على أصل البراءة:

غالباً ما يكون العنوان البارز في الصحف مثيرا للانتباه، وقد يحدث ان يترتب على هذا العنوان ما يمس أصل البراءة استقلالاً عن محتوى المقال، مما يبرر تطبيق نص المادة ٩-١ من التقنين المدني الفرنسي[٢] .

كما يمكن أن يتحقق الاعتداء على اصل البراءة من خلال الرسم الكاريكاتوري المصاحب للمقال، او على الأقل ان يشارك هذا الرسم في ذلك[٣] .

وقد بينا سابقاً، ان القانون الفرنسي حينما اكد على أصل البراءة في التقنين المدني، لم يجعله منبت الصلة عن الدعوى الجنائية في كل الأحوال، بل على العكس، ربط في بعض الحالات بين الحماية المقررة بموجب نص المادة ٩-١ من التقنين المدني، وبين تعرض الشخص للإجراءات الجنائية، بحيث لا يطبق النص المدني في هذه

---

(١)Article 11 du Code de procédure pénale (Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 art. 8 Journal Officiel du 23 décembre 1992 en vigueur le 1er mars 1994)(Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 96 Journal Officiel du 16 juin 2000)............
"Toutefois, afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public, le procureur de la République peut, d'office et à la demande de la juridiction d'instruction ou des parties, rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur *le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause*".
(٢) Hélèn Bureau:" la présomption d'innocence....",op. cit. p.1696.
(٣) انظر: الدكتور أسامة ابو الحسن المجاهد: المرجع السابق، ص ٧٥،

الحالات، إلا عندما تتخذ ضد الشخص بعض الإجراءات الجنائية.

ومن الجدير بالذكر أن الاعتداء على الحق في أصل البراءة معاقب عليه بحسب ما جاء في نهاية الفقرة الثالثة من المادة التمهيدية المضافة إلى قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي بموجب قانون تدعيم " قرينة البراءة " والتي جرى نصها على أن " .. .الاعتداءات على قرينة البراءة، سيتم ملاحقتها والتعويض عنها والمعاقبة عليها وفقاً للشروط المنصوص عليها في القانون".

وفي ظل غياب مثل هذه النصوص في كل من القانون اليمني والمصري؛ فإننا ندعو المشرعين إلى إدخال نص يمنع الاعتداء على الحق في أصل البراءة من قبل وسائل الإعلام، أثناء إجراءات التحقيقات الجنائية وقبل أن يقول القضاء كلمته الفصل بالإدانة.

المبحث السادس

تعدد درجة التقاضي لحماية أصل البراءة

من المؤكد ان مبدأ إعادة فحص الأحكام القضائية من حيث الموضوع أمام جهة اعلى[1] هو من اهم الضمانات القضائية التي تحرص على تكريسه القوانين في الدول المتحضرة، خصوصاً في مجال الأحكام الجنائية ذات الخطورة على الحريات والحقوق الفردية،إذ إن فحص الحكم القضائي من جهة قضائية أعلى من الجهة التي أصدرته، يؤدي إلى مزيد من الحيدة، فضلاً عما قد يلحق بالحكم الأدنى من اعوجاج يتم إصلاحه بواسطة هيئة قضائية اعلى، وبهذا تتأكد الرقابة القضائية على الإجراءات الجنائي، وبالذات على تلك الماسة بالحقوق والحريات الفردية[2].

وفي هذا الخصوص، اكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر على أن طرق الطعن في الأحكام لا تعد مجرد وسائل إجرائية ينشئها المشرع ليوفر من خلالها سبل تقويم اعوجاجها، بل هي في واقعها، أوثق اتصالاً بالحقوق التي تتناولها، سواء في مجال إثباتها، أو نفيها، أو توصيفها[3].

---

(1) ويقصد بذلك وجود محاكم تحتل الطبقة التالية للأولى وتعلوها، وذلك لتفصل مرة ثانية في النزاع الذي سبق طرحه على محكمة اول درجة.وهو ما جرى على تسميته الاستئناف.

(2)Gaston STEFANI,Georges LEVASSEUR et Bernard BOULOC : procédure pénale, 18e édition, Dalloz. 2001, p.20 et s.

(3) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية ،جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ في القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية " دستورية" ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، الجزء السابع ، ص ١٠٦.

ولاشك ان إعادة طرح القضية للفحص في الإدانة والعقوبة الصادرة، امام درجة اعلى للحكم، يتمشى مع الحماية الجنائية لأصل البراءة، التي لا يهدمها سوى الحكم البات. وبالتالي كل ما يؤدي إلى تفويت حق المحكوم عليه جنائياً في فحص الإدانة امام درجة اعلى يخل باصل البراءة.

وسوف ابين موقف المواثيق الدولية والقوانين محل المقارنة من هذا الضمان وذلك على النحو التالي:

أولاً: ضمان تعدد درجة التقاضي في التشريع الإسلامي:

كانت احكام القضاة في صدر الإسلام نادراً ما تلغى أو تعدل، ويرجع السبب فيما نراه إلى ما كان يتصف به القضاة الأوائل من خبرة ودراية في مسائل الفقه والحديث، حيث كان الرعيل الأول من القضاة، من أهل الفقه والحديث.

وقد اجاز فقهاء الشريعة الإسلامية الطعن في الأحكام وإلغاءها. او تصحيح ما اصابها من خطأ.

وفي هذا الصدد ذهب الإمام الشافعي إلى أنه إذا حكم القاضي بحكم ثم راى الحق في غيره، فإن راى الحق في الحادث، بأنه كان قد خالف في الأول كتاباً او سنةً او إجماعاً ، او اصح المعنيين فيما احتمل الكتاب أو السنة، **نقض قضاءه الأول على نفسه وكل ما نقض على نفسه، نقضه على من قضى به**، إذا رفع إليه، ولم يقبله ممن كتب به إليه[1].

وإن كان إنما راى قياساً محتملاً احْسَنْ عنده من شيء، قضى به من قبل، والذي قضى به قبل يحتمل القياس ليس الآخر بأبين حتى يكون الأول خطأ في القياس، يستأنف الحكم في القضاء الآخر بالذي راى آخراً. ولم ينقض الأول. وما لم ينقضه على نفسه، لم ينقضه على احد حكم به قبله، ولا احب له ان يكون منفذا له[2].

وليس على القاضي، ان يتعقب حكم من كان قبله، فإن تظلم محكوم عليه قبله، نظر فيما تظلم فيه، فإن وجده قضى عليه بما وصفت في المسالة الأولى من خلاف في كتاب او سنة او إجماع او قياس، فهذا خطأ يرده عليه، لا يسعه غيره، وإن

---

(1) كتب الأم ، للشافعي، جـ٦ ، ص ٢٠٤

(2) المرجع السابق نفسه، جـ٦ ، ص ٢٠٤ .

لم يكن خلاف واحد من هؤلاء، او كان يراه باطلا، بأن قياساً عنده ارجح منه، وهو يحتمل القياس، لم يرده، لأنه إذا احتمل المعنيين معاً فليس يرده من خطأ بين إلى صواب بين. كما يرده في خلاف الكتاب او السنة او الإجماع من خطأ بين، إلى صواب بين[1].

وقال الشافعي أيضاً: إذا تناقد الخصمان بينتهما وحجتهما عند القاضي ثم مات القاضي، او عزل، او ولي غيره ،لم يحكم حتى يعيدا عليه حجتهما وبينتهما، ثم يحكم، وينبغي ان يخفف في المسالة عن بينتهما، إن كانوا ممن يسال عنه وهكذا شهوده يعيد تعديلهم، ويخفف في المسالة ويوجزها لئلا تطول[2].

واستدل بعض فقهاء الشريعة على جواز الطعن في الأحكام من كلام عمر رضي الله عنه في رسالته إلى ابي موسى- سالفة الذكر-، أنه يجوز نقض القاضي حكمه، إذا اخطأ[3]. ويستدل ايضاً مما اخرجه الشيخان من حديث ابي هريرة، انه قال: قال رسول الله ﷺ: " بينما امرأتان مَعَهُمَا ابناهما جاء الذئب فذهب بابن إحداهما. فقالت هذه لصاحبتها إنما ذهب بابنك. وقالت الأخرى إنما ذهب بابنك فتحاكمتا إلى داود- عليه السلام- فقضى به للكبرى. فخرجتا إلى سليمان - عليه السلام-، فأخبرتاه. فقال: ائتوني بالسكين اشقه بينكما نصفين. فقالت الصغرى لا تفعل يرحمك الله، هو ابنها فقضى به للصغرى[4].

ويستدل من ذلك إلى جواز الطعن في الحكم، فقد حكم داود بالابن للكبرى لما تبين له من واقع الحال ومن الدلائل، ولكن طعن في الحكم أمام سليمان فحكم به للصغرى.

وللعلماء في قبول او رفض الطعن قولان: فهناك من قال: إنه يجوز نقضه كما ذكرنا سابقاً. والآخر قال : لا ينقض ، لحديث " وإن اخطأ فله اجر " ، ولأنه لو جاز نقضه، يرفعه إلى قاض آخر يرى خلاف رأي الأول فينقضه، ثم يرفعه المدعي إلى قاض آخر يرى خلاف رأي القاضي الثاني، فينقض نقضه، ويقضي كما قضى الأول، فيؤدي إلى ان لا تنقطع الخصومة والمنازعة ابداً، والمنازعة سبب الفساد، وما ادى إلى

---

(1) المرجع السابق نفسه، جـ٦ ، ص ٢٠٤ .
(2) المرجع السابق نفسه، جـ٦ ، ص ٢٠٤ .
(3) سبل السلام للأمير الصنعاني جـ ٤ ص ١٢٠.
(4) صحيح مسلم، باب بيان اختلاف المجتهدين برقم ١٧٢٠، جـ ٣، ص١٣٤٤.

الفساد فساد. فإن كان رده القاضي الثاني فرفعه إلى قاض ثالث نفذ قضاء القاضي الأول، وابطل قضاء القاضي الثاني، لأن قضاء الأول صحيح، وقضاء الثاني بالرد باطل.هذا إذا كان القاضي الأول قاضي أهل العدل، فإن لم كن كذلك رفعت قضاياه إلى قاضي أهل العدل[1].

ولا يخفى انه لا دليل فيما ذهب إليه القائلون برفض الطعن، وإن كان المنطق الذي ذكره الفقه الرافض للطعن من انه يؤدي إلى طول الإجراءات خصوصاً عندما يقع التعنت من قبل الادعاء وهذا له وجاهته، ولكن هذه مسألة إجرائية يمكن ضبطها بما يؤدي إلى تحقيق المصالح ودرء المفاسد. ولكن لما كانت مظنة حصول الخطأ وارد مع كل إنسان، لوجود ما يشوش عليه الفكر، أو يشغل القلب عن استيفاء ما يجب من النظر، فإن ذلك من شأنه أن يفضي إلى الخطأ عن الصواب، لذا كان من الجائز الطعن في الحكم وجواز نقضه[2]. وهو ما نرجحه.

ثانياً: ضمان تعدد درجة التقاضي في المواثيق الدولية:

تأكد حق إعادة طرح القضية للفحص في الإدانة في المواثيق الدولية، بالنص عليه في المعاهدة الدولية للحقوق المدنية والسياسية ، إذ نصت المادة ٥/١٤ على أن "لكل شخص ادين بجريمة حق اللجوء، وفقاً للقانون، إلى محكمة أعلى، كيما تعيد النظر في قرار إدانته، وفي العقاب الذي حكم به عليه".

ورغم أن "الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان" لا تنص صراحة على الحق في فحص الإدانة أمام درجة أعلى، فإن قرارات المحكمة الأوروبية تفيد بأن هذا الحق متأصل في الحق في المحاكمة العادلة المكفول بموجب المادة السادسة من "الاتفاقية الأوروبية"، كما انه مكفول صراحةً في المادة الثانية من "البروتوكول السابع للاتفاقية الأوروبية"[3].

---

(1) بدائع الصنائع ، للكاساني، جـ ٧ ص ١٤.

(2) سبل السلام للأمير الصنعاني جـ ٤ ص ١٢٠.

(3) حيث تنص الفقرة الأولى من المادة الثانية من البروتوكول السابع لاتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية الصادر في ٢٢ نوفمبر ١٩٨٤ بأن " لكل شخص صدر ضده حكم بالإدانة في جريمة جنائية من محكمة الحق في إعادة نظر إدانته او الحكم امام محكمة أعلى. وينظم القانون ممارسة هذا الحق والأسس التي يجوز أن تبنى عليه ممارسته. " انظر : محمود شريف بسيوني، " الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان"، المجلد الثاني، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢.

وينطبق- بوجه عام- الحق في اللجوء إلى محكمة اعلى لمراجعة احكام الإدانة والعقوبات المقررة، على كل شخص يدان بتهمة ارتكاب فعل جنائي، بغض النظر عن خطورة جريمته. وقد اوضحت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان "أن هذا الضمان ليس قاصراً على اخطر الجرائم"[١].

ورات اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، أن التهمة التي يصدر على مرتكبها حكم بالسجن لمدة عام واحد، إنما هي تهمة خطيرة بما يكفي لتبرير مراجعة الحكم الصادر امام محكمة اعلى، سواء أكان القانون يصنف المعاقب عليه تحت بند الأفعال "الجنائية" ام لا[٢].

ومع هذا، فالفقرة الثانية من المادة الثانية من البروتوكول السابع من "الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان" تنص على أن الحق في الاستئناف يجوز تقييده طبقاً للقانون، إذا كانت المخالفة جنحة بسيطة، أو إذا جرت المحاكمة الابتدائية للمتهم امام اعلى محكمة في الدولة، أو إذا كان الحكم بالإدانة قد صدر بعد استئناف حكم ببراءة المتهم[٣].

ثالثاً: ضمان تعدد درجة التقاضي في القانون الفرنسي:

كفل المشرع الفرنسي حق اللجوء إلى محكمة أعلى لمراجعة أحكام الإدانة، حيث نص في عجز الفقرة الثالثة من المادة التمهيدية المضافة إلى قانون الإجراءات الجنائية بموجب قانون " تدعيم قرينة البراءة.."، على أن " لكل محكوم عليه الحق في أن ينظر في إدانته بواسطة جهة قضائية أخرى.."[٤].

وقد كان نظام فحص القضية من قبل محكمة أعلى ترد عليه استثناءات، ومن ذلك عدم جواز الطعن بالاستئناف في الأحكام الصادرة من محاكم الجنايات،

---

(١) ورغم ان اللجنة قد اوضحت ان المادة ٥/١٤ من "العهد الدولي" لا تلزم الدول بان توفر اكثر من مرحلة واحدة للاستئناف، لكنها قالت إن عبارة "وفقاً للقانون" تعني انه إذا كان القانون المحلي يقضي باكثر من مرحلة للاستئناف في إطار نظر الدعاوى الجنائية، فإنه يجب فتح الباب أمام أي شخص يدان للانتفاع بصورة فعالة من هذه المراحل الأخرى.

(٢) انظر دليل المحاكمة العادلة.

(٣) الدكتور خيري احمد الكباش: " الحماية الجنائية لحقوق الإنسان"، مرجع سابق، ٦٧١.

(٤) Article préliminaire du Code de procédure pénale :(*inséré par Loi nº 2000-516 du 15 juin 2000 art. 1 Journal Officiel du 16 juin 2000*)..."Toute personne condamnée a le droit de faire examiner sa condamnation par une autre juridiction.

بحجة ان طبيعة تشكيل هذه المحاكم من قضاة، ومحلفين يعطيها اختصاصاً قضائياً كاملاً، وان الدعاوى لا تحال إلى محاكم الجنايات ولا يفصل فيها إلا بعد تحقيق يتم على درجتين من قبل قاضي التحقيق وغرفة التحقيق[1].

ولكن طبقا للتعديلات الجديدة التي ادخلها المشرع الفرنسي على قانون الإجراءات الجنائية، بإضافة المادة التمهيدية، وفقاً لما بيناه، فقد صار من الجائز الطعن في أحكام محاكم الجنايات في حالات صدور حكم بالإدانة، أمام محكمة جنايات أخرى يتم تعيينها بواسطة الغرفة الجنائية بمحكمة النقض، وتتكون من اثني عشر عضواً[2].

وكان بعض الفقه الفرنسي، قد انتقد نظام فحص القضية من قبل محكمة اعلى في ذات الموضوع، بحجة انه يطيل أمد التقاضي، ويؤخر في حسم القضايا،مما يضعف من قوة الأحكام في الردع العام، والردع الخاص، بالإضافة إلى ما يسببه ذلك من ضعف في هيبة القضاء. ثم إنه ليس من المؤكد ان يكون حكم المحكمة الاستئنافية اكثر صواباً من حكم محكمة الدرجة الأولى، بل قد يكون العكس هو الصحيح احياناً، كون المحكمة الاستئنافية ستكون أقل خبرة بالقضية ، فهي لا تجري تحقيق ، بل تحكم بمقتضى الأوراق[3].

ولكن ذهب جانب من الفقه[4] - وبحق- إلى ان هذا التعديل من شأنه، أن يعزز الشعور بالعدالة،كونه من المبادئ الأساسية في الإجراءات القضائية، وينبثق من النصوص الدولية (حلف نيويورك، والاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والحريات

---

(1)voir: Hervé TEMIME: L'appel des arrêts d'assises", R.S.C..N°1, janv.-mars 2001, P83. - Charles JOLIBOIS: Le renforcement de la protection de la résomption d'innocence, et des droits des victimes :l'apport du Sénat, R.S.C.N°1, janv.-mars 2001,p 67.

(2)Christine LAZERGES:" Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes : histoire d'une navette parlementaire, Dalloz,R.S.C.N°1, janv.-mars 2001, p20 et 21.

(3)René Garraud: "Traite théorie et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénal - libraire du recueil", sirey - paris tome - II – 1909, N°383, p37.
وانظر في عرض ذلك : الدكتور عوض محمد عوض : " المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية " ، مرجع سابق ، ص ٨٠٤ و ٨٠٥. الدكتور عبد الرءوف مهدي : " القواعد العامة للإجراءات الجنائية "، مرجع سابق، ص١٤٦٩و ١٤٧٠.

(4)Hervé TEMIME: "L'appel des arrêts d'assises",op.cit.P83.-Christine LAZERGES "Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes" op. cit. p20 et 21.

الأساسية).

ومن الجدير بالذكر، أن المشرع الفرنسي - وفقاً للتعديلات الأخيرة- قد قصر استئناف الأحكام الصادرة بالإدانة دون الأحكام الصادرة بالبراءة. ويترتب على ذلك نتيجة هامة، وهي عند تعدد الوقائع المنسوبة للمتهم وقضت المحكمة ببراءته عن بعض الوقائع. وإدانته عن البعض الآخر، فإن الاستئناف يقتصر فقط على الوقائع محل الإدانة[1].

وليس بخاف، أن مسلك المشرع الفرنسي في إتاحة المجال لاستئناف أحكام الإدانة من قبل المتهم، قد قصد منه تعزيز حماية أصل البراءة، وحتى يتوافق تشريعها مع احكام الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان.

رابعاً: ضمان تعدد درجة التقاضي في القانون المصري:

إذا كان النظام الإجرائي المصري، قد اخذ بمبدأ ازدواجية فحص القضية أمام محكمة أعلى، فإن المشرع المصري قصر ذلك على الأحكام الصادرة من محاكم الجنح والمخالفات، أما الأحكام الصادرة في مواد الجنايات، فلم يُجز المشرع المصري فيها الطعن أمام درجة أعلى للنظر في موضوع الدعوى، وليس أمام الشخص المحكوم عليه بجناية سوى الطعن بالنقض، أو إعادة النظر[2]، وكلاهما طريق غير عادي من طرق الطعن وليس من قبيل الدرجة الثانية من درجات التقاضي التي تنظر لموضوع الدعوى.

واستثنى المشرع المصري من الجنح التي يجوز الطعن فيها بالاستئناف جرائم الجنح التي تقع بواسطة الصحف، وفي الجنح التي تعرضها النيابة العامة على محكمة الجنايات بوصف الجنائية (المادة ٣٨٢)، وكذلك الجنح الخاضعة للقرار بقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ المعدل بشأن حالة الطوارئ. وفي هذه القضايا لا يمكن استئناف الحكم الصادر بالإدانة ، أو البراءة[3].

ومن الواضح، أن المشرع المصري قد خالف بذلك نص المادة ٥/١٤ من المعاهدة

---

(1)Hervé TEMIME: L'appel des arrêts d'assises,op. cit. p 84.

(2) انظر نص المادة ٣٧٩ من قانون الإجراءات الجنائية المصري الفقرة الأخيرة. وانظر في ذلك تفصيلاً: الدكتور عوض محمد عوض : " المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية " ، مرجع سابق ، ص ٨٠٥. الدكتور عبد الرءوف مهدي : " القواعد العامة للإجراءات الجنائية "، مرجع سابق، ص١٤٦٩ وما بعدها.

(3) انظر تفصيلاً : الدكتور خيري أحمد الكباش: " الحماية الجنائية لحقوق الإنسان"، مرجع سابق، ٦٧٥ وما بعدها.

الدولية للحقوق المدنية والسياسية، حيث حرم الشخص المحكوم عليه في جناية، أو في بعض الجنح من أن تنظر قضيته محكمة أعلى لمراجعة أحكام الإدانة.

ولكن المحكمة الدستورية العليا في مصر، لم ترى في ذلك مخالفة دستورية وقضت بأن الوقوف بالتقاضي عند درجة واحدة، لا يعدو أن يكون تنظيماً للحق فيه، لا يتضمن مصادرة لأصله، وهو ما يستقل المشرع بتقريره في إطار سلطته في مجال تنظيم الحقوق ،وبمراعاة ما يقتضيه الصالح العام[1].

وينتقد بعض الفقه[2] - وبحق - مسلك المشرع المصري، في حرمان المتهم في مجال الجنايات من حقه في الطعن أمام درجة ثانية للتقاضي، لكي تعيد النظر في إدانته أولاً ثم في العقوبة المقضي بها عليه، كونه يخالف الحق في محاكمة منصفة. و نراه مخالفاً للحق في أصل البراءة الذي لا ينقضه سوى الحكم البات الصادر بالإدانة.

خامساً: ضمان تعدد درجة التقاضي في القانون اليمني:

كفل المشرع اليمني للمتهم الطعن في الحكم الصادر في الدعوى الجزائية أمام درجة ثانية للتقاضي، حيث نصت المادة ٤١٧ من قانون الإجراءات الجزائية على أنه "يجوز لكل من النيابة العامة والمتهم والمدعي الشخصي والمدعي بالحقوق المدنية والمسئول عنها أن يستأنف الأحكام الصادرة في الجرائم من المحاكم الابتدائية واستئناف المدعي بالحقوق المدنية والمسئول عنها لا يطرح على محكمة الاستئناف إلا الدعوى المدنية".

ويظهر بوضوح، أن نص المادة السابقة جاءت خالية من كل قيد. فالمتهم من حقه استئناف الحكم، أياً كان نوع الجريمة الصادر فيها هذا الحكم، يستوي في ذلك أن تكون من الجرائم الجسيمة، أو من الجرائم غير الجسيمة، وأياً كانت العقوبة التي قضى بها، سواء كانت العقوبة أصلية أم تكميلية، وأياً كان سبب الاستئناف، سواء كان موضوعي، أو قانوني، أو إجرائي[3].

---

(1) الحكم الصادر في ٦ فبراير ١٩٩٢ في القضية رقم ١٣ لسنة ١٣ قضائية "دستورية"، مجموعة أحكام المحكمة، الجزء الخامس، المجلد الثاني، ص ٢٠٦.

(2) René Garraud.:" Traite théorie et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénal" op. cit., p37.

الدكتور خيري أحمد الكباش: "الحماية الجنائية لحقوق الإنسان"، مرجع سابق، ٦٧٩.

(3) الدكتور حسن علي مجلي: "المحاكمة في قانون الإجراءات الجزائية اليمني"، مكتبة خالد بن الوليد -صنعاء، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م، ص ٢٤٠.

ومن الملاحظ، أن المشرع اليمني لم يفرق بين الأحكام الصادرة ، سواء كان الحكم الصادر في مصلحة المتهم، أو ضده،إذ أعطى النيابة العامة الحق في أن تطعن في الحكم الصادر أمام الاستئناف، سواء كان الحكم في صالح المتهم، أو ضده متى رات لذلك موجباً وفقاً للقانون[1].

ومن الجدير بالذكر، أن المشرع اليمني استخدم مصطلح المتهم على الشخص المستأنف، وليس المحكوم عليه. وهذا بدوره يتمشى مع الحماية الدستورية لأصل البراءة، إذ يظل الشخص مستصحباً البراءة إلى أن يصدر حكم بات يقضي بالإدانة وحينها ينقض هذا الأصل.

ومن المهم، أن يتم مراعاة كافة الضمانات التي تتطلبها المحاكمة المنصفة خلال مرحلة الاستئناف، ومن ذلك حق المتهم في توفير وقت كافٍ له وتسهيلات مناسبة لإعداده عريضة الاستئناف، وحقه في الاستعانة بمحام، وحقه في تكافؤ الفرص بين الدفاع و الادعاء، وحقه في نظر الدعوى أمام محكمة مختصة مستقلة نزيهة مؤسسة بحكم القانون في غضون فترة زمنية معقولة، والحق في نظر علني للدعوى وصدور الحكم في غضون فترة زمنية معقولة.

---

(1) انظر نص المادة ٤١٣ من قانون الإجراءات الجزائية.



البَابُ الرَّابِعُ

حماية أصل البراءة أثناء تداول الدليل الجنائي

تمهيد وتقسيم:

إذا كانت الحماية الجنائية لأصل البراءة في إطار الخصومة الجنائية تهدف إلى حماية حقوق وحرية المتهم خلال مراحل الدعوى الجنائية، فإنها تهدف -كذلك- إلى حماية حقوقه أثناء تداول الدليل الجنائي، حيث يفرض هذا المبدأ في نطاق الإثبات الجنائي- باعتباره ذات قيمة دستورية- إلى كفالة حقه في عدم تكليفه بإثبات براءته، وفي ذات الوقت يفرض على جهة القضاء التزامات، تتمثل في عدم الحكم على المتهم بالإدانة. إلا إذا توافر اليقين القضائي لدى المحكمة. كما يتعين عليها عدم تفسير الشك في غير مصلحة المتهم.

وإذا كان المتهم غير مكلف بإثبات براءته، إعمالاً لأصل البراءة، فإن التساؤلات التي تثار في هذا الصدد، هو عمن يتحمل عبء الإثبات. وحدود ذلك. وما هو الوضع لو أثار المتهم دفعاً بعدم مسئوليته. أو بوجود سبب من أسباب الإباحة، أو مانع من موانع العقاب. ثم ما هي درجة اليقين المطلوبة لنقض أصل البراءة. وأخيراً ما هو الأثر المترتب على انتهاك ذلك الحق، أو مخالفة تلك الالتزامات من قبل الجهة المختصة بإعمالها؟

وللإجابة على تلك التساؤلات، يقتضى أن نقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول. وذلك على النحو التالي:

الفصل الأول: حق المتهم في عدم إثبات براءته

الفصل الثاني: اليقين القضائي كأساس لهدم أصل البراءة

الفصل الثالث: الشك يفسر لمصلحة المتهم.

الفصل الأول

ضمان حق المتهم في عدم إثبات براءته

تمهيد وتقسيم :

لما كان أصل البراءة يقتضي أن يعامل المتهم أثناء المحاكمة على أنه بريء حتى يصدر حكم بإدانته في سياق محاكمة تتوفر له فيها جميع ضمانات المحاكمة العادلة والمنصفة، ويصير الحكم فيها باتاً، فإن من حق المتهم عدم إثبات براءته. بل من حقه التزام الصمت دون تأويل هذا الصمت ضده، وفقا لما بيناه في الأبواب السابقة.

ولذلك، فإن إثبات التهمة قبل المتهم، يقع على عاتق سلطة الادعاء "سواء كانت النيابة العامة، أو المدعي بالحق المدني". فعلى جهة الإدعاء وحدها إدارة الدليل بعيداً عن المتهم الذي لا يلتزم بتقديم أي دليل على براءته[1].

والمقصود بتحمل الادعاء عبء الإثبات كاملاً؛ تحملها إثبات الحقيقة بجميع صورها، وليس فقط إثبات التهمة على المتهم، فهي تتحمل إثبات مدى توافر أركان الجريمة من عدمه، ومدى توافر شروط المسئولية الجنائية من عدمه[2]. وعلى المحكمة أن تبحث بذاتها من خلال إجراءات المحاكمة عن هذه الحقيقة، دون أن تحمل المتهم عبء إثبات براءته، اعتماداً على أن الأصل فيه البراءة. وهو مبدأ فطري لا محل لإثباته أمام المحكمة[3].

وإذا كان عبء الإثبات في المسائل الجنائية يتحمله الادعاء كاملاً، إعمالاً لأصل

---

(1) انظر تفصيلا: الدكتور محمود محمود مصطفى: " الإثبات في المواد الجنائية في القانون القارن " ، مرجع سابق ، ص٦١ . الدكتور محمد زكي أبو عامر: " الإثبات في المواد الجنائية"، مرجع سابق، ص٥٥ وما بعدها. استاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري "، ط٣ ٢٠٠٤، مرجع سابق، ص٣٠٠ وما بعدها. الدكتور السيد محمد حسن شريف: " النظرية العامة للإثبات الجنائي "، مرجع سابق، ص٥٢٠ وما بعدها. وانظر :

Gaston Stefani, Georges Levasseur : " Les règles de preuve dans le procès pénal " Dalloz 2e édition, Paris 1962, p.276.

(2) الدكتور أحمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري "، المرجع السابق، ص٣٠٠ وما بعدها. الدكتور محمد زكي أبو عامر: " المرجع السابق نفسه"، ص٥٥ وما بعدها. الدكتور السيد محمد حسن شريف: " النظرية العامة للإثبات الجنائي "، مرجع سابق، ص٥٢٠ وما بعدها.

(3) الدكتور أحمد فتحي سرور : المرجع السابق نفسه، ص٣٠١.

البراءة[1]. وهو ما ذكرته اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، حيث قالت: "يقع عبء إثبات التهمة على الادعاء، و الشك يفسر لمصلحة المتهم، نتيجة (أصل البراءة). ولا يجوز افتراض انه مذنب بأية صورة حتى تثبت عليه التهمة، بما لا يدع لأي مجال معقول للشك"[2]. بيد أن التشريعات قد تباينت في النص صراحة على مسألة تحميل الادعاء عبء الإثبات بشكل مستقل، دون الاستناد إلى أصل البراءة. فهناك تشريعات نصت على ذلك صراحة، كما هو الحال في قانون الإجراءات الجزائية اليمني. وهناك تشريعات التزمت الصمت إزاء تحديد من يتحمل عبء الإثبات، كما هو الحال في التشريعين المصري والفرنسي[3]. دون أن يعني ذلك اعترافها بأن عبء الإثبات يتحمله الادعاء.

ووفقاً لما سبق، فإننا سوف نخصص المبحث الأول من هذا الفصل لدراسة دور النيابة العامة في إثبات وقائع المسئولية الجنائية للمتهم. وفي المبحث الثاني سوف ندرس فيه دور النيابة في إثبات وسائل دفع المسئولية الجنائية.

المبحث الأول:- إثبات وقائع المسئولية الجنائية للمتهم

المبحث الثاني:- إثبات وسائل دفع المسئولية الجنائية

---

(1) يختلف الوضع في الإثبات في المسائل الجنائية عن الإثبات في المسائل المدنية، حيث القاعدة العامة في الإثبات هي البينة على من ادعى فإذا قدم دعواه على من أنكر أن يقدم الدليل على صحة إنكاره وهذا امر مسلم في المسائل المدنية، لاكنه مثار خلاف في المسائل الجنائية حيث يقضي أصل البراءة إعفاء المتهم من إثبات براءته او أن كل ما له هو ان يناقش أدلة الإثبات التي تتجمع حوله، كيما يفندها أو يضع بذور الشك عليها ، دون أن يلتزم بتقديم أدلة إيجابية تفيد براءته. انظر : الدكتور عمر الفاروق الحسيني : " مدى تعبير الحكم بالإدانة غير الصادر بالإجماع عن الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي" ط٢ ١٩٩٥ ، ص٥٨.

(2) دليل المحاكمات العادلة الصادر عن منظمة العفو الدولية ، مرجع سابق .

(3) لم تفرق الشريعة الإسلامية بين الإثبات الجنائي والإثبات المدني من حيث القواعد التي تحكم عملية الإثبات ، إذ يحكمها القاعدة العامة " البينة على من ادعى واليمين على من انكر" وهي قاعدة تجد اساسها - إلى جانب قاعدة استصحاب البراءة الأصلية- في قوله تعالى " والذين يرمون المحصنات .. " وقول الرسول ﷺ: .لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ ادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ. ولَكِن اليَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ. سنن ابن ماجه ، دار إحياء التراث ، جـ٢ ص ٧٧٨ .

المبحث الأول

إثبات وقائع المسئولية الجنائية للمتهم

تمهيد وتقسيم:

تقوم المسئولية الجنائية على عدة عناصر، يجب إثباتها أولاً قبل القول بضرورة نسبة الفعل الجنائي إلى المتهم. حيث يتعين إثبات الأركان المكونة للجريمة، والنتائج المترتبة عليها، وعلاقة السببية التي تربط بينهما. وسوف ندرس عبء إثبات هذه العناصر من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

إثبات الركن الشرعي للجريمة

في البداية يقصد بالركن الشرعي، خضوع الفعل، أو الامتناع لنص تجريمي وعدم خضوعه في ذات الوقت لسبب من أسباب الإباحة، كي يظل محتفظاً بالصفة غير المشروعة له[1]. ويكتسب هذا الركن أهمية كونه يغني عن بحث بقية الأركان الأخرى. فهو الذي يحدد ما إذا كان الفعل مشروع، أو غير مشروع[2]. ولذلك فإن غياب هذا الركن، يترتب عليه بالضرورة عدم قيام الجريمة[3]. لأن الأصل في الأشياء

([1]) الدكتور محمود نجيب حسني: " شرح قانون العقوبات- القسم العام-" دار النهضة العربية، ط٦، ١٩٨٩، ص٦٦.

([2]) الدكتور السيد محمد حسن شريف: " النظرية العامة للإثبات الجنائي "، مرجع سابق، ص ٥٣١.

([3]) والحقيقة أنه في ظل المتغيرات الدولية صار هناك تجريم بعض الأفعال في قوانين بعض الدول رغم مشروعية هذا الفعل في القانون الدولي المعترف به عالمياً. ومن ذلك ما هو قائم في القانون الأمريكي في اعتبار بعض المنظمات المقاومة للاحتلال -كمنظمات حماس والجهاد الإسلامي وحزب الله- جماعات إرهابية. وبموجب هذا الوصف يصبح كل شخص يقوم بدعم هذه المنظمات من الناحية المالية أو حتى التفكير بدعمها جريمة يعاقب عليها القانون الأمريكي ، ولم يقف الأمر عند هذا الحد بل مارست أمريكا أساليب أقل ما توصف أنها أساليب غير اخلاقية وغير شرعية حيث تقوم باستدراج بعض الشخصيات المعروفة بدعمها الخيري للشعب الفلسطيني إلى أمريكا وهناك تقوم بمحاكمته على أفعال غير مجرمة في الكثير من البلاد العربية والإسلامية. وهو ما حصل في قضية المواطن اليمني محمد علي المؤيد حيث تم استدراجه إلى ألمانيا بنية ترحيله إلى أمريكا. ثم سُلم لأمريكا وحكم عليه هناك في يوم ٢٠٠٥/٧/٢٨ بالسجن ٧٥ عاماً مع تغريمه مليون وربع المليون دولار بتهمة دعم حماس، مع أن المذكور قد ارتكب فعلاً مشروعاً في بلاده. ولا يجوز استدراج الشخص ومحاكمته في دولة أخرى على فعل حتى لو كان غير مشروع، ناهيك عن أن يكون هذا الفعل الذي أقدم عليه الشخص يعد مشروع في بلده، فاليمن لا تعتبر حماس من المنظمات الإرهابية ولا يعاقب القانون اليمني على دعم هذه الحركة. وبالتالي لا يصح للادعاء الأمريكي ولا للقضاء الأمريكي أن يتعامل مع هذه القضية من الأساس، لأن الفعل الذي-

الإباحة، وانه طبقاً للقاعدة المستقرة في الدساتير والنظم العقابية-لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون، أو (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

وقد ثار الخلاف بين رجال الفقه حول مدى اعتبار الركن الشرعي من اركان الجريمة ام لا؟

فالبعض من رجال الفقه يرى ان الركن الشرعي هو من اركان الجريمة بينما يرى آخرون أن الجريمة تكون فقط من ركنين هما: الركن المادي، والركن المعنوي[1]. أما الركن الشرعي فلا يعد - في نظر هذا الفقه- ركنا في الجريمة، لعدة اعتبارات: منها ان نص التجريم هو مصدر وجود الجريمة، فلا يتصور ان يعد مصدر الجريمة ومنشئها عنصراً فيها[2]. كما ان اعتبار الصفة غير المشروعة ركناً في الجريمة، معناه إحاطة الجاني علماً بهذه الصفة في حالة القصد الجنائي، وهو ما يتنافى مع قاعدة " افتراض العلم بالقانون"[3]. بخلاف رأي آخر يرى أن الركن الشرعي من أركان الجريمة

وإذا كان الخلاف قد اثير بشأن اعتبار ركن الشرعية من اركان الجريمة أم لا، فإن هذا الخلاف يكون غير ذي جدوى فيما يتعلق بالإثبات؛ لأنه عنصر واجب الإثبات دائماً[4]، ذلك أن الركن الشرعي هو من " مسائل القانون"[5] بينما الإثبات

- القدم عليه المذكور مشروعا في بلده وهي الجمهورية اليمنية وهي دولة مستقلة ذات سيادة وليست مقاطعة أمريكية.

ويبدوا أن المحاكمة التي جرت للشيخ المؤيد هي محاكمة سياسية أكثر منها قضائية بهدف ايصال رسالة للعالم العربي والإسلامي مفادها عدم دعم الحركات التي ترفض الاحتلال وبالأخص المنظمات الفلسطينية المقاومة للاحتلال الصهيوني.

(1) انظر في ذلك : الدكتور محمود محمود مصطفى: " الإثبات في المواد الجنائية "، مرجع سابق، ص ٧٤. الدكتور أحمد إدريس أحمد: " افتراض براءة المتهم"، مرجع سابق، ص ٨٦٥. الدكتور هلالي عبد اللاه أحمد : " النظرية العامة للإثبات الجنائي"، مرجع سابق، ص٧٤٩.

(2) انظر في استعراض هذا الراي وموقف المشرع الفرنسي منه: استاذنا الدكتور محمد ابو العلا عقيدة : " الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد " ، دار النهضة العربية ، ط٢٠٠٤ ، مرجع سابق ، ص٣٣ والمرجع المشار إليه في الهامش رقم ٩٢.

(3) انظر في عرض الحجج والرد عليها: الدكتور محمود نجيب حسني: " شرح قانون العقوبات — القسم العام- " مرجع سابق، ص٦٣.

(4)Jean Pradel:"Droit pénal",II,procédure pénale,7édition1993,Cujas.N°253, p.281.

(5) ويقصد بالمسائل القانونية : كل امر او تصرف او عمل حدد المشرع ماهيته او إجراءاته ولم يترك امر تقديره لقاضي للموضوع.انظر: الدكتور كمال عبد الواحد الجوهري: " تأسيس الاقتناع القضائي والمحاكمة الجنائية العادلة، دار محمود للنشر والتوزيع، ١٩٩٩، ص٥٨.

لا يتعلق بمسائل القانون، بل هو محدد فقط بمسائل الواقع[1]، كون قواعد القانون تكون في واقع الأمر معلومة لدى القاضي- أو هكذا ينبغي ان تكون- فهو المنوط بإسباغ الوصف، أو التكييف القانوني الصحيح على وقائع الدعوى، وتطبيق القانون عليها[2].

ووفقا لذلك لا يقع على أطراف الدعوى الجنائية عبء إثبات حكم القانون[3]، ولا يعني ذلك ان ممثل الادعاء (النيابة العامة) ليس له دور في هذا الشأن، بل يجب عليه عند قيامه برفع الدعوى الجنائية، أن يشير إلى النص القانوني الذي يدعي أن المتهم قد انتهكه ، وبموجبه يطلب توقيع العقاب عليه[4]. ثم يأتي بعد ذلك دور القاضي في تحديد التكييف القانوني الصحيح للوقائع ، لأن الوصف الذي ترفع به الدعوى مؤقتاً، حيث يقوم على استعراض مبدئي لوقائع الدعوى، هذا فضلاً عن أن التكييف الذي تسبغه النيابة العامة على تلك الوقائع لا يعدو، أن يكون مجرد ادعاء لأحد أطراف الدعوى ، والقاعدة أن المحكمة لا تتقيد بطلبات الخصوم[5].

---

(1) ومسائل الواقع تعني ما حدث على الطبيعة في العالم الخارجي من أحداث وسلوكيات . وما تحقق من نتائج . او بمعنى آخر هي كل الأفعال والمقاصد التي تتكون منها الجريمة خاصة الأركان والعناصر التي تترتب عليها نتائج. ويدخل في مكوناتها ماهية الفعل أو الأفعال المادية التي صدرت عن المتهم والنتيجة الإجرامية التي تحققت وعلاقة السببية بين الفعل المادي والنتيجة التي تحققت والقصد الجنائي والظروف القانونية المخففة والمشددة والأعذار القانونية المخففة أو المعفية ، وموانع المسئولية وأسباب الإباحة.." انظر : الدكتور كمال عبد الواحد الجوهري: " تأسيس الاقتناع القضائي والمحاكمة الجنائية العادلة، المرجع السابق، ص ٣٩.

(2) انظر في ذلك : المؤتمر السابع عشر للمجمع الدولي الفرنسي لحق التعبير و الذي عقد في بروكسل، ولكسمبورغ في الفترة من ٣٠ سبتمبر وحتى ٦ أكتوبر عام ١٩٨٤ ودعت إليه حكومتا بلجيكا ولكسمبورغ ، وشارك فيه ٢١ من الوزراء ورؤساء السلطة القضائية العليا في الدول الفرانكفونية (الدول الناطقة بالفرنسية) وقد تناولت المناقشات النزاع حول دور القاضي في الإثبات الجنائي والإداري:

Le XVIIe Congrès de l'Institut international de droit d'expression française (IDEF) s'est tenu à Bruxelles et, ensuite, à Luxembourg, du 30 septembre au 6 octobre 1984, sur l'invitation des Gouvernements belge et luxembourgeois. Il a réuni 138 participants dont 21 ministres et chefs de juridiction suprême venant de 29 pays où la langue française occupe une place particulière. Les débats ont porté sur la preuve devant le juge en droit privé, pénal et administratif…

منشور على شبكة الانترنت باللغة الفرنسية على الرابط التالي:

http://www.francophonie.org/UIJPLF/congres17.htm

(3) الدكتور محمد زكي ابو عامر : " الإثبات في المواد الجنائية" ، مرجع سابق ، ص ٢١.

(4) Michèle Laure RASSAT: procédure pénale , thèmes, 1995, N°195, p306.

(5) الدكتور السيد محمد حسن شريف: " النظرية العامة للإثبات الجنائي"، مرجع سابق، ص ٥٢٢.

المطلب الثاني

إثبات الركن المادي للجريمة

Preuve de l'élément matériel

من المعلوم، أن الركن المادي للجريمة يتكون من سلوك إجرامي، ونتيجة وعلاقة سببية تربط بين السلوك والنتيجة. فالسلوك هو ما يصدر عن الفاعل ويخشى المشرع منه ضرراً، وهذا أمر جوهري، لأنه لا يمكن محاكمة شخص على ما قد يختلج صدره من أفكار، أو نوايا، لم تترجم إلى سلوك مادي له مظهر خارجي محدد يعبر عنه[1]. وقد يتخذ هذا السلوك مظهراً إيجابياً ، يتمثل في إطلاق الحركة العضوية للجسم، فيأخذ شكل الفعل. وقد يتخذ مظهراً سلبياً ، يتمثل في القعود عن إتيان فعل يلزم القانون أن يقوم به[2]. وأما النتيجة فهي، التغيير الذي يحدث في العالم الخارجي أثراً للفعل، أو الامتناع وهو تغيير يمكن إدراكه بالحواس. وأما علاقة السببية فهي التي تربط -في الكيان المادي للجريمة- بين السلوك وأصله الإرادي[3] من ناحية، وبينه وبين نتيجته من ناحية أخرى.

والحقيقة أن إثبات السلوك الإجرامي في حالة إتيان واقعة إيجابية un fait positif لا يثير أي صعوبة في إثباته من قبل سلطة الادعاء ، بيد ان الأمر يدق بشأن إثبات الواقعة السلبية (امتناع أو ترك) ، حيث يتساءل بعض رجال الفقه عما إذا كان بالإمكان تحميل سلطة الادعاء إثبات الواقعة السلبية ومدى صلاحية السلوك السلبي لأن يكون موضوعا للإثبات؟

---

(1) انظر تفصيلاً : الدكتور محمود محمود مصطفى: " الإثبات في المواد الجنائية "، مرجع سابق، ص٧٦. الدكتور أحمد إدريس احمد: " افتراض براءة المتهم"، مرجع سابق، ص ٨٦٥. الدكتور هلالي عبد اللاه احمد: " النظرية العامة للإثبات الجنائي ، دراسة مقارنة بين النظم الإجرائية اللاتينية والإنجلوسكسونية والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية ، ص٧٤٩. الدكتور خالد عبد الباقي الخطيب:" جرائم وحوادث المرور ودور الشرطة في مواجهتها-دراسة مقارنة-رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة بمصر، ٢٠٠٤، ص ٨٩ وما بعدها.

(2) أستاذنا الدكتور نبيل مدحت سالم : " النظرية العامة للخطأ غير العمدي " ، محاضرات القيت على طلاب دبلوم القانون الجنائي للعام الدراسي ١٩٩٨/١٩٩٩ .

(3) وقد قيل في هذا الصدد أن الحركة العضوية لا تأتي من عدم أو فراغ فهي في أصلها إرادية لان الإرادة هي التي تطلقها خارج الجسم أو تحبسها داخله وهي أي الحركة العضوية في مبناها إرادية أيضاً، لأن الإرادة هي أصل السلوك وسببه وبالتالي تغدو الحركة العضوية عنصراً في الكيان المادي للجريمة. الدكتور نبيل مدحت سالم : المرجع السابق .

وفي هذا الصدد، ذهب بعض رجال الفقه إلى انه من الصعوبة بمكان إثبات الوقائع السلبية، وبالتالي لا يمكن تكليف الادعاء بإقامة الدليل على واقعة سلبية يستحيل إثباتها، " إذ لا تكليف بمستحيل "، ويضرب لذلك مثلاً بقوله: إن النيابة العامة في جريمة التشرد لا تستطيع إثبات عدم وجود محل إقامة للمتهم، لأنها واقعة سلبية محضة. ومن ثم يرى هذا الفقه، أن المتهم هو الذي يكون ملتزماً بإثبات عدم توافر تلك الواقعة السلبية، لأن باستطاعته ذلك عن طريق إثبات واقعة إيجابية، وهو في المثال الذي أتى به، يستطيع إثبات أن لديه مسكناً معروفاً، وكذلك الحال في إثبات أن المتهم ليست له وسيلة معروفة للتعيش، أو ليست له حرفة، أو صناعة معتادة، حيث يقع على المتهم -بحسب هذا الرأي- عبء إثبات أن له وسيلة مشروعة للعيش، أو انه صاحب حرفة، أو صنعة يتعيش منها[1].

ولكن هذا الرأي لم يلق قبولاً لدى العديد من رجال الفقه -وبحق-، لافتقاره السند القانوني، فما دام من المسلم به أن هذه الواقعة السلبية تعد عنصراً من عناصر الجريمة. فقد وجب على النيابة العامة إثباتها سواء اتخذ الفعل مظهراً إيجابياً، أم مظهراً سلبياً، ولا يبرر صعوبة إثبات السلوك السلبي في إعفاء النيابة العامة من عبء الإثبات، ونقل ذلك على عاتق المتهم؛ لأن مثل هذا القول يتنافى مع أصل البراءة[2].

---

(1)" Il en est ainsi quand bien même l'élément matériel de l'infraction consisterait en un fait négatif, omission, abstention, négligence. Il a cependant été soutenu que le ministère public n'aurait pas à prouver le défaut de domicile et l'absence de ressources et de profession habituelle, qui constituent le vagabondage ; mais cette thèse est contraire à la présomption d'innocence" ;

Voir: Émile.Garçon:"Code Pénal Annoté",1901-1906 art. 273, n° 53 et 87, p648. Mohammed-J.Essaid:" ibid. p.117-119.

(2)« dès lors qu'il s'agit d'un élément dont l'absence caractérise l'infraction, la preuve doit en être établie, et cette preuve ne peut incomber qu'au ministère public », à qui il appartiendra de prouver l'existence nomade et l'oisiveté du prévenu (car on ne saurait prétendre qu'il s'agit ici d'un fait négatif).

والواقع أن المشرع الفرنسي ألغى جريمة التشرد بعد صدور قانون العقوبات في ٢٢ يوليو ١٩٩٢.راجع: استاذنا الدكتور محمد أبو العلا عقيدة " الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي."، ط٢٠٠٤، مرجع سابق، ص ١٠٨.

Voir : Gaston.Stefani, Georges.Levasseur,:"Les règles de preuve dans le procès pénal",op.cit.p.279. Mohammed-J.Essaid:ibid.p.116.René.Garraud: "Traite théorie et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénal,op.cit,N° 231, p.479.

وانظر: الدكتور محمود محمود مصطفى: " الإثبات في المواد الجنائية "، مرجع سابق، ص٧٦. الدكتور احمد إدريس احمد: " المرجع السابق، ص ٨٦٥. الدكتور هلالي عبد اللاه أحمد: " النظرية العامة للإثبات الجنائي" مرجع سابق، ص٧٤٩. الدكتور السيد محمد حسن شريف: " النظرية العامة للإثبات الجنائي "، مرجع سابق، ٥٢٨.

وأما ما يتعلق بصعوبة إثبات الواقعة السلبية، فيمكن التغلب عليها بإثبات واقعة إيجابية عكسية، لأن كل واقعة سلبية تتضمن بداخلها واقعة إيجابية يمكن للنيابة العامة أن تثبتها، فمثلاً إثبات عدم وجود محل إقامة ثابت ومعروف في حالة التشرد، يكون بإثبات أن المتهم دائم التنقل من مكان إلى آخر . وإثبات عدم وجود وسيلة مشروعة للعيش، يمكن إثباته، بإثبات أنه فقير لا يجد ما يقتات به. وإثبات عدم ممارسته لحرفة، أو مهنة، يتحقق، بإثبات أنه قاعد عن العمل رغم قدرته[1] .

ونخلص مما سبق إلى، أنه يتعين على سلطة الادعاء إثبات الركن المادي للجريمة بعناصره الثلاث: السلوك سواء اتخذ مظهراً إيجابياً أم سلبياً، والنتيجة، وعلاقة السببية فيما بينهما. وذلك عملاً بأن الأصل في المتهم البراءة، حيث يقتضي هذا الأصل أن يتحمل الادعاء عبء الإثبات. والقول بغير ذلك معناه إهدار أصل البراءة، ومن ثم يشكل انتهاكاً للشرعية الدستورية في الإجراءات الجنائية.

المطلب الثالث

إثبات الركن المعنوي للجريمة

Preuve de l'élément moral

من المؤكد، أن المسئولية الجنائية للمتهم في بنيان القانون الجنائي المعاصر لا تقوم بمجرد إثبات السلوك الإجرامي المتمثل في الفعل، أو الامتناع ونتيجته وعلاقة السببية المادية التي تربط بينهما[2] . وإنما يجب كذلك إثبات توافر إرادة آثمة

---

(1) René.Garraud:"Traite théorie et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénal ", libraire du recueil, Sirey - paris - tome -I – 1907, N° 231, p.477-479.

(2) كان الفقه الجنائي قديماً يجهل أمر الركن المعنوي، وتنحصر رؤيته للجريمة في مظاهرها المادية الخارجية المتمثلة في الفعل أو الامتناع وآثارهما الضارة فحسب. وقديما أيضاً كانت المسئولية الجنائية مسئولية مادية بحتة تتجرد من معنى الإثم والعدوان. وسرعان ما تغيرت هذه النظرة في البلدان التي سادت فيها مثل هذه النظرة تحت تأثير الفلسفة الإغريقية، وفكر الفيلسوف أرسطو بصفة خاصة حيث بدأت تسبر أغوار السلوك الإجرامي. وأدركت أنه لم يأت من فراغ أو عدم وبرز دور الإرادة في السلوك واعتبر القصد قريناً للعلم بالواقعة الإجرامية. وأصبح الركن المعنوي أحد ركني المسئولية الجنائية. انظر الدكتور نبيل مدحت سالم: " النظرية العامة للخطأ غير العمدي " ، مرجع سابق، وانظر : Alfred LÉGAL:"La responsabilité sans faute" in La chambre criminelle et sa jurisprudence : recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin [1895-1962], Président de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, Paris: Éditions Cujas,1965, p772.,aux p.129-152;copie à l'Université d'Ottawa,FTX General, KJV 7979 .C474 1965 .

وانظر أيضاً، حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في جلسة ١٥ يونيه سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية " دستورية" مجموعة أحكام المحكمة الدستورية ، الجزء السابع ، ص ٧٤٣. حيث قالت: إنه " لا يتصور وفقاً لأحكام الدستور أن توجد جريمة في غيبة ركنها المادي.." -

لارتكاب هذا الفعل، أو الامتناع باعتبارها الصلة النفسية[1] التي تربط بين السلوك الإجرامي ونتيجته ، إذ لا يكفي أن تصدر الحركة العضوية عن إرادة، بل يجب أن تتجه به نحو نتيجة إجرامية، يتمثل فيها الاعتداء على حق مشمول بحماية القانون الجنائي. فبدون هذا الاتجاه بالإرادة يتعذر وصف الإرادة بالإثم والعدوان. و تحديد الصلة النفسية بين السلوك والنتيجة وقوة هذا السلوك هو موضوع الركن المعنوي للجريمة[2].

ولا يختلف الأمر في تحمل النيابة العامة عبء إثبات الركن المعنوي كما هو الحال في تحملها عبء إثبات الركن المادي، عملاً بأصل البراءة[3]. لكن الملاحظ أن هناك حالات يتدخل فيها المشرع لإعفاء النيابة من هذا العبء. وهو ما سنتطرق إليه لاحقاً.

والواقع أن إثبات الركن المعنوي من أصعب ما يواجه سلطة الادعاء ، وذلك لتعلقه بأمر داخلي يضمره الشخص في نفسه، ولا سبيل إلى إدراكه إلا من خلال

- ومن الجدير بالذكر، أنه إذا كان القانون الجنائي لم يعط القصد الجنائي حقه إلا حديثا ، فإن التشريع الإسلامي منذ بزوغ فجره قد قرن العمل بالقصد ، ولا يقوم هذا القصد المؤثم إلا بعمل الفعل المجرم، إذ لا عقاب على النوايا عملاً بقول رسول الله ﷺ " إِنَّ اللَّهَ تَجَاوَزَ لِي عَنْ أُمَّتِي مَا وَسْوَسَتْ بِهِ صُدُورُهَا مَا لَمْ تَعْمَلْ أَوْ تَكَلَّمْ " (فتح الباري لابن حجر، برقم ٢٣٤٣ ، جـ ٧، ص٤٨٨.

(1) ويعبر عن الصلة النفسية بالركن المعنوي وهي تتخذ صورتين متفاوتتين من حيث الطبيعة وقوة الاتجاه نحو النتيجة الإجرامية ، ففي الصورة الأولى تتجه الإرادة بالسلوك _ مباشرة أو بطريق غير مباشر- نحو النتيجة الإجرامية. وهذه الصورة هي صورة القصد . وفي الصورة الثانية لا تتجه الإرادة بالسلوك نحو النتيجة الإجرامية ولكن توقع النتيجة وتجنبها والحيلولة دون حدوثها يكون في مكنة الإرادة واستطاعتها. وتبدو الصلة بين الإرادة والنتيجة ضعيفة يتعذر الركون إليها لوصفها بالإثم والعدوان وتتخذ هذه الصورة حالة الخطأ غير العمدي. انظر :

René.Garraud. – ibid.N° 283,p. 567.

(2) انظر تفصيلاً : الدكتور محمود نجيب حسني: " شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص٦٢٥. الدكتور السعيد مصطفى السعيد: " الأحكام العامة في قانون العقوبات، مكتبة النهضة المصرية، ط٢، ١٩٥٣. ص ٣٧٦ وما بعدها. الدكتور محمود محمود مصطفى: " الإثبات في المواد الجنائية "، مرجع سابق، ص٦١. الدكتور أحمد إدريس أحمد: " افتراض براءة المتهم"، مرجع سابق، ص ٨٦٩ وما بعدها. الدكتور هلالي عبد اللاه أحمد : " النظرية العامة للإثبات الجنائي ، مرجع سابق ، ص ٧٥٥. الدكتور خالد عبد الباقي الخطيب: " جرائم وحوادث المرور ودور الشرطة في مواجهتها " مرجع، ص ١٦٧.وانظر :

René.Garraud: ibid.N° 283, p.567. Gaston Stefani, Georges LEVASSEUR: "Les Règles de preuve dans le procès pénal, op.cit.N° 2 9 6 . p.281. Mohammed-Jalal Essaid: ibid.N°183, p123.

(3)Mohammed-Jalal Essaid: ibid. p123.

مظاهر خارجية تدل عليه[1]، وتطبيقا لأصل البراءة، فإن المتهم لا يلتزم بإقامة الدليل على انتفاء القصد لديه، وتبقى مسئولية إثبات الركن المعنوي كاملاً على عاتق سلطة الادعاء . ولا يمكن افتراض القصد الجنائي بأي حال، وهو ما جرى عليه العمل في القضاء الفرنسي والمصري ، حيث جرى حكمهما على أن مجرد الحديث عن الأفعال المادية لا ينبئ حتماً عن توافر القصد الجنائي[2].

وسوف نتطرق إلى إثبات الركن المعنوي في حالتي القصد الجنائي، والخطأ غير العمدي وذلك على النحو التالي:

أولاً: إثبات القصد الجنائي:

القصد الجنائي هو أحد صور الركن المعنوي للجريمة، ويتكون - وفقاً للنظرية السائدة-[3] من عنصرين هما:

---

(1) وهو ما استقرت عليه أحكام النقض المصرية، حيث قضت في إحدى أحكامها : بأن قصد القتل أمر خفي لا يدرك بالحس الظاهر، وإنما يدرك بالظروف المحيطة بالدعوى والأمارات والمظاهر الخارجية التي يأتيها الجاني وتنم عما يضمره في عناصره ، ومن ثم فإن استخلاص هذه النية من عناصر الدعوى موكول إلى قاضي الموضوع في حدود سلطته التقديرية.." انظر نقض مصري في ٢٠ ديسمبر١٩٩٤، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجنائية، س٤٥ رقم ١٨٨ ص١٢٠٦. ونقض ١٣ فبراير سنة ١٩٩٦، مجموعة الأحكامس٤٧، رقم ٢٣، ص٢٣٢. والفرنسية على حد سواء. انظر نقض فرنسي: Cass.Crim. 13 mars. 1951, B. n° 90. اشار إليه الدكتور محمد زكي ابو عامر: " الإثبات في المواد الجنائية"، مرجع سابق، ص ٦١ هامش رقم ١٥.

(2) انظر نقض مصري في ٢٦ مايو ١٩٨٠، مجموعة أحكام النقض . السنة ٣١ ص٦٧٧. وانظر نقض فرنسي: Cass.Crim. 2 déc. 1943, B. n° 137 ; Cass.Crim. 12 mai 1944, Gaz. Pal. 1944.2.107. Voir:Gaston Stefani, Georges Levasseur :" Les règles de preuve dans le procès pénal", op.cit.N° 2 9 6 . p.281.

(3) مدلول القصد الجنائي والعناصر التي تدخل في تكوينه تتجاذبه نظريتين هما: نظرية العلم ونظرية الإرادة. فنظرية العلم ترى أن عناصر القصد هي: العلم بالفعل الإرادي وبالوقائع التي تقترن به وتحدد دلالته الإجرامية بمعنى تصور هذه الوقائع وتوقع النتيجة وتوقع علاقة السببية ووفقا لهذه النظرية يتحقق القصد في صورتين الأولى صورة القصد المباشر و هي توقع الجاني النتيجة كأثر حتمي للفعل والثانية صورة القصد الاحتمالي حيث يتوقع النتيجة كأثر ممكن او احتمالي ويقدر ان ستقع أو قد لا تقع ووفقا لنظرية العلم فإن إرادة النتيجة ليست عنصرا في القصد ولا من مستلزمات وجوده لأنها لا تغير من الأمر شيئا فهي ثمرة ظروف لا دخل للإرادة فيها فمثلا كون المجني عليه حيا في القتل لم تكن للإرادة دور فيها. أما نظرية الإرادة فإنها تتطلب العلم بالفعل كما تتطلب إرادة الفعل وإرادة نتيجته أيضا، لأن وجه الخطيئة في القصد إنما هو ما تنطوي عليه من إرادة آثمة اتجهت إلى العدوان على الحقوق التي يحميها القانون بنصوصه وإرادة الفعل لا تكفي بذاتها لتحقيق معنى الإثم ولو اقترنت بتوقع النتيجة والخلاف بين النظريتين يكاد يدور حول كفاية احتمال وقوع النتيجة لحسب لقيام الجريمة أم لابد من الرضاء بها وتقبلها أيضاً وما نرجحه هو نظرية الإرادة التي تقوم على فهم صحيح لمدلول الإرادة ومعنى السلوك الإجرامي الذي ليس فقط فعل أو امتناع إنما هو سلوك غائي تتحكم فيه الإرادة . راجع : د محمد عبد اللطيف عبد العال : " حسن نية القاذف في حالتي نشر الأخبار والنقد"، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ٢٢وما بعدها. لستاذنا الدكتور نبيل مدحت سالم: الخطأ غير العمدي" -

العنصر الأول: العلم بالواقعة الإجرامية: أي العلم بالفعل، وتوقع نتيجته، وكذا الظروف المادية المشددة للمسئولية.

العنصر الثاني: إرادة الفعل وإرادة نتيجته أيضاً ؛ لأن وجه الخطيئة في القصد، إنما هو ما تنطوي عليه من إرادة آثمة اتجهت إلى العدوان على الحقوق التي يحميها القانون بنصوصه. وإرادة الفعل لا تكفي بذاتها لتحقيق معنى الإثم ولو اقترنت بتوقع النتيجة[1].

وإثبات توافر القصد الجنائي، يقتضي إثبات هذين العنصرين - العلم والإرادة- وإقامة الدليل على توافرهما[2]. وإذا كان هناك ظرف مشدد للعقوبة، فعلى الادعاء إثبات أن المتهم كان على علم بالظروف المادية المشددة للمسئولية الجنائية. وعلى المحكمة أن تستظهر حقيقة القصد الجنائي، فلا تقضي بتوافره لمجرد ثبوت واقعة قد تفيد قيامه و قد لا تفيد قيامه، فمثلاً: استخدام الفاعل لآلة قاتلة ألحقت بالمجني عليه إصابة جسيمة في مقتل، ليس شرطاً أن يكون الجاني قد تعمد قتل المجني عليه، فقد يكون قصده مجرد إلحاق الأذى به[3].

ثانياً: إثبات الخطأ غير العمدي:

يعد الخطأ غير العمدي الصورة الثانية من صور الركن المعنوي. وهو أدنى مراتب الركن المعنوي في الجريمة الجنائية بحيث إذا انعدم، انعدمت الجريمة تماماً[4].

ويقصد بالخطأ غير العمدي الحالة النفسية المصاحبة لإرادة السلوك الذي تترتب عليه نتيجة إجرامية، لم يتوقعها الجاني، مع أن في استطاعته أن يتوقعها ، ومن

- محاضرات سبق الإشارة إليها. وانظر حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في جلسة ١٥ يونيه سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية " دستورية" مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، الجزء السابع ، ص ٧٤٤. والقانون اليمني قد أخذ بنظرية الإرادة والتي تقوم على التمييز بين الإرادة والقصد فترد الإرادة على الفعل ذاته في حين ينصرف القصد إلى نتائجه وعلى أساس ذلك يعرفون القصد الجنائي بأنه : انصراف إرادة الجاني إلى الفعل الذي يأتيه وإلى النتيجة المقصودة في العقاب أي إرادة ارتكاب الجريمة كما هي معرفة في القانون (المادة ٩). والتشريع الإسلامي قد أخذ بنظرية الإرادة حيث قرن العمل بالنية مباشرة.قالَ رَسُولُ اللهِ -صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ-: " إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى" انظر : عون المعبود ، رقم ١٨ ، جـ٥، ص ٨٤.

(1) انظر نص المادة ١٢١-٣ من قانون العقوبات الفرنسي - وفقا للتعديلات الحديثة.

(2) فمثلاً إذا كنا بصدد إثبات جريمة قتل يتوافر فيها القصد فإن على جهة الإدعاء إثبات علم الجاني بفعل الاعتداء وإدراكه للفعل وانصراف إرادته إلى إزهاق حياة إنسان حي وتوقعه للنتيجة وهي موت الشخص.

(3) د. محمود محمود مصطفى، " الإثبات في المواد الجنائية "، مرجع سابق، ص ٧٤-٧٥.

(4) راجع : الدكتور علي حسن الشرفي، " النظرية العامة للجريمة "، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٤م، ص ٢٦ و٢٧.

واجبه ان يتجنبها، وان يحول دون حدوثها[1]. ويتخذ الخطأ غير العمدي صور عدة اوردتها نصوص التشريعات المقارنة[2] وهي: الرعونة، او التفريط، او الإهمال، او عدم مراعاة القوانين واللوائح[3].

ويقع على عاتق سلطة الادعاء إثبات توافر إحدى صور الخطأ غير العمدي، لأن الخطأ -في إطار القانون الجنائي- لا يفترض بل يلزم إثباته[4]. ففي جريمة القتل غير العمد يقتضي إثبات أن الجريمة ارتكبت نتيجة للرعونة، او عدم الاحتياط، أو عدم الانتباه، أو الإهمال. ويجب على المحكمة التحقق من خطأ المتهم، وبيان ذلك في الحكم وإلا كان حكمها معيبا. ولا يكفي في بيان الخطأ أن تقول المحكمة بأن المتهم بسبب رعونته، أو عدم احتياطه، أو مخالفته للوائح تسبب في الإصابة، أو الوفاة، بل يجب ان يعنى الحكم ببيان كيفية الرعونة، أو عدم الاحتياط، أو اللائحة التي خالفها المحكوم عليه. إذ لا تترتب المسئولية الجنائية بناء على الفاظ عامة مبهمة[5].

---

(1) يتوقف الخطأ غير العمدي على قيام عنصرين يكمل كل منهما الآخر ويتممه: الأول هو علم الجاني بحقيقة سلوكه وبخطورة هذا السلوك على الأموال والمصالح المشمولة بالحماية الجنائية. والثاني هو استطاعة الجاني توقع النتيجة الإجرامية لفعله. انظر :الدكتور رمسيس بهنام :" الجريمة والمجرم والجزاء "، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٦ ، رقم ١٠٩، ص ٥٢٨. الدكتور نبيل مدحت سالم : " النظرية العامة للخطأ غير العمدي " إشارة سابقة.

(2) انظر المادة ١٠ من قانون الجرائم والعقوبات اليمني الصادر برقم ١٢ لسنة ١٩٩٤.أما المشرع الفرنسي فقد الغى الصور الخمسة المتمثلة في الرعونة أو الإهمال أو عدم الاحتياط أو عدم الانتباه أو عدم مراعاة القوانين واللوائح. واقتصر - وفقا لنص المادة ١٢١-٣ من قانون العقوبات- على صورتين هما: حالة عدم الاحتياط أو الإهمال. استاذنا الدكتور محمد أبو العلا عقيدة:" الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد "، ط ٢٠٠٤، مرجع سابق، ص ٣٥- ٣٧.

(3) انظر تفصيلاً : الدكتور محمود نجيب حسني: " شرح قانون العقوبات - القسم العام- " مرجع سابق، ص٦٣٧. الدكتور أحمد عوض بلال : " الإثم الجنائي" ، دار النهضة العربية ، ط١ ، ١٩٨٨ ، ص١٧٧.

والرعونة تعني الطيش والخفة ، أو سوء التقدير او نقص المهارة.كان يقود شخص سيارته ثم يغير اتجاهه فجأة دون تحذير المارة فيصدم أحدهم(انظر : نقض مصري ، في ٤ ديسمبر ١٩٤٤، مجموعة القواعد القانونية ، ج٦، رقم ، ٤١٧، ص٥٥٠). وأما التفريط فهو عدم الاحتياط والتحرز فيقدم على فعله وهو مدرك خطورته ، ويتوقع ما يمكن ان يترتب عليه من آثار ، ومع ذلك لا يتخذ الاحتياطات اللازمة للحيلولة دون تحقق هذه الآثار. ومثال ذلك تجاوز قائد السيارة للسرعة المسموح بها (انظر: نقض مصري في ٦ مارس ١٩٦٧، مجموعة أحكام النقض، س١٨، رقم ٦٦. ص ٣٢٥). وأما الإهمال وعدم الانتباه ففيه يمتنع الجاني عن القيام بما كان يجب عليه أن يقوم به للحيلولة دون وقوع النتيجة الإجرامية. انظر : الدكتور محمود نجيب حسني: " شرح قانون العقوبات - القسم العام- " مرجع سابق،ص ٦٥١ .

(4) الدكتور محمود نجيب حسني: " شرح قانون العقوبات - القسم العام- " مرجع سابق، ص ٦٦٤.

(5) الدكتور محمود محمود مصطفى: " الإثبات في المواد الجنائية "، مرجع سابق، ص ٧٥. وانظر حكم المحكمة الدستورية العليا الذي يقضي بعدم دستورية المادة ٤٨ من قانون العقوبات المصري التي تقضي بأنه : " يوجد اتفاق جنائي كلما اتحد شخصان فأكثر على ارتكاب جناية أو جنحة ما، أو على -

ومن الملاحظ أن التشريع العقابي الفرنسي كان كثيراً ما يفترض الخطأ في حق المتهم في مجال الجرائم البسيطة[1] -كالمخالفات والجنح التي تتشبه بالمخالفات في ركنها المعنوي، حيث إن الكثير من هذه الجرائم -وفقاً لرأي الفقه والقضاء-[2] هي جرائم غير عمدية، وأن القصد الجنائي لا يلزم توافره في العقاب عليهما. فالجريمة قائمة بمجرد قيام الركن المادي، وبالتالي فإن افتراض الخطأ في حق المتهم قائم بقيام الركن المادي، حتى يثبت العكس. وهذا النوع من الجرائم أطلقت عليها محكمة النقض الفرنسية، الجرائم المادية البحتة، للدلالة على أنها تقع بمجرد توافر الركن المادي للجريمة، مع السماح للمتهم بإثبات انتفاء مسئوليته الجنائية، بسبب وجود حالة من الجنون، أو الإكراه، أو عدم التمييز باعتبار الأهلية الجنائية أساساً في المسئولية الجنائية[3] .

ومن الجرائم التي توصف بالجرائم المادية البحتة، جرائم المرور، حيث يهدف من

- الأعمال المجهزة والمسهلة لارتكابها ويعتبر الاتفاق جنائيا سواء أكان الغرض منه جائزا، أم لا، إذا كان ارتكاب الجنايات أو الجنح من الوسائل التي لوحظت في الوصول إليه وكل من اشترك في اتفاق جنائي سواء كان الغرض منه ارتكاب الجنايات أو اتخاذها وسيلة للوصول إلى الغرض المقصود منه يعاقب لمجرد اشتراكه" حيث أكدت على أنه " لا يتصور -وفقا لأحكام الدستور- أن توجد جريمة في غيبة ركنها المادي ولا إقامة الدليل على توافر علاقة السببية بين مادية الفعل المؤثم والنتائج التي أحدثها بعيدا عن حقيقة هذا الفعل ومحتواه. ولزم ذلك أن كل مظاهر التعبير عن الإرادة البشرية وليس النوايا يضمرها الإنسان في أعماق ذاته تعتبر واقعة في منطقة التجريم كلما كانت تعكس سلوكا خارجيا مأخوذا عليه قانونيا إذا كان الأمر غير متعلق بأفعال أحدثتها إرادة مرتكبها وتم التعبير عنها خارجيا مأخوذا عليه قانونيا فإذا كان الأمر غير متعلق أحدثتها إرادة مرتكبها وتم التعبير عنها خارجيا في صورة مادية لا تخطئها العين فليس ثمة جريمة..." . وقضت بأن المادة / ٤٨ من قانون العقوبات جاء صياغتها محملا بأقصى من معنى مرهقا باغلال تعدد تأويلا تاركا تحديد الأعمال المجهزة و للسهلة للجريمة لاجتهادات و تأويلات غير واردة في النص كما فرضت عقابا في غير ما جريمة و في غياب الركن المادي للجريمة و عاقبت على نوايا وأفكار لم تخرج إلى الوجود مما يصيبها بعيب عدم دستورية لتعارضها مع نص المادة ٦٦ من الدستور. جلسة ٢ يونيه سنة٢٠٠١ ، في القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ قضائية " دستورية" مجموعة أحكام المحكمة ، الجزء التاسع ، ص٩٨٦.

(1) انظر: الدكتور عبد العظيم مرسي وزير: " افتراض الخطأ كأساس للمسئولية الجنائية" ، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص٤١.

(2) انظر تفصيلا في هذه الآراء: الدكتور عمر السعيد رمضان: " الركن المعنوي في المخالفات"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٥٩، ص ١٢١ وما بعدها. الدكتورة مفيدة سعد سويدان : " نظرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي - دراسة مقارنة-١٩٨٥، رسالة دكتوراه، ص ٣٢٩ وما بعدها.

(3) Cass.Crim.du 2 mars 1966, B. n° 74.

وانظر أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور: " الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام- ط١٩٨٥، ص ٤٧٦ و٤٧٧.

خلال هذا الوصف إلى مكافحة، ومعاقبة عدم احترام الالتزامات بالسلامة اثناء السير[1].

ولكن بات من الواضح أن المشرع الفرنسي قد عدل العديد من نصوص قانون العقوبات، حتى تتوافق مع أصل البراءة، بموجب قانون تدعيم " قرينة البراءة" وحقوق المجني عليه الصادر في عام ٢٠٠٠ ، إذ تم بموجبه تنقية القانون الإجرائي والقانون العقابي - وغيرهما- من النصوص التي قد تتعارض مع أصل البراءة.

ومن التعديلات التي شملها قانون العقوبات، ما جاء في المادة ١٢١-٣ من قانون العقوبات[2] بشأن الركن المعنوي للجريمة واعتباره ركناً اساسياً لقيام المسئولية الجنائية للشخص، وبالتالي يتطلب النص ضرورة إثبات القصد الجنائي، أو الخطأ غير العمدي في حق المتهم للحكم بمسئوليته عن الجريمة، سواء كان ذلك في الجنايات او الجنح.

واستثنى المشرع الفرنسي من عدم افتراض توافر الخطأ غير العمدي حالات محددة افترض فيها الخطأ غير العمد، وهي: جنحة تعريض شخص الغير للخطر وكذلك إذا نص القانون عليها في حالة عدم الاحتياط، او الإهمال، أو التقصير في

---

(١)راجع: الدكتور خالد عبد الباقي الخطيب: " جرائم وحوادث المرور ودور الشرطة في مواجهتها - دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، اكاديمية الشرطة بمصر، ٢٠٠٤، ص ٢١٢.

(٢)Article 121-3 du Code Pénal :(Loi n° 96-393 du 13 mai 1996 art. 1 Journal Officiel du 14 mai 1996)(Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 art. 1 Journal Officiel du 11 juillet 2000)

"Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.
Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui.

Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.

Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer.

Il n'y a point de contravention en cas de force majeure.

واجب الحيطة والحذر " التعقل "، أو إرشادات السلامة المنصوص عليها في التشريع والقانون. وأما المخالفات فقد سكت المشرع عن تحديد الركن المعنوي فيها، فلم يذكر سوى انه لا مخالفة عند حدوث قوة قاهرة " Il n'y a point de contravention en cas de force majeure. ". وهو ما دعى جانب من الفقه إلى القول، بأن المخالفات تمثل الصورة الوحيدة الباقية من الجرائم المادية بعد صدور قانون العقوبات المعمول به حالياً[1].

وهناك من الفقه من يرى أن الخطأ يكون متوافراً بمجرد توافر الركن المادي للجريمة.ويرد على هذا الراي بأن افتراض الخطأ يجافي جوهر المسئولية الشخصية وبالتالي لا مجال للمسئولية الجنائية المفترضة[2].

وهناك من يرى، ضرورة إثبات الخطأ في حق المتهم، وأن توافر قرينة بسيطة على هذا الخطأ من وقوع الفعل المادي لا يمنع المتهم من إثبات عكس هذه القرينة، إذا قدم الدليل على انه قد وقع في غلط لا يمكن تجنبه، ويكون كذلك إذا تجاوز إمكانات الاحتياط لدى الإنسان البالغ الحذر، مما ينفي عنه الخطأ. وعلة اشتراط هذا النوع من الغلط لدحض " قرينة الخطأ " هو ما أوجبه القانون في هذا النوع من الجرائم من بذل قسط اكبر من مجرد الحذر المعتاد ، مما يقتضي معه عدم الاكتفاء بمجرد إثبات أن سلوك الجاني لم ينحرف عن سلوك الشخص البالغ الحذر ، عن طريق ما يسمى بالغلط الذي لا يمكن تجنبه .وقد رد الفقه - بحق- على هذا الرأي بانه لا مجال لافتراض الركن المعنوي سواء كان في صورة القصد الجنائي، أو الخطأ غير العمدي. وبالمحصلة، فإنه لا مجال للمسئولية الجنائية المفترضة[3]. كما أكدت المحكمة الدستورية العليا على أن الجريمة غير العمدية يتولى المشرع دون غيره بيان عناصر الخطأ التي تكونها ، وهي عناصر لا يجوز افتراضها أو انتحالها[4]

---

(1) انظر في ذلك تفصيلا: استاذنا الدكتور محمد ابو العلا عقيدة: " الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، مرجع سابق، ص٣٢ .

(2) انظر في عرض هذا الرأي والرد عليه : أستاذنا الدكتور احمد فتحي سرور:"القانون الجنائي الدستوري "، مرجع سابق، ص٢٠٤.

(3) انظر في عرض الرأي والرد عليه: أستاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: "القانون الجنائي الدستوري"، مرجع سابق، ص٢٠٤ و٢٠٥.

(4) حكم المحكمة الدستورية العليا في الأول من فبراير ١٩٩٧ في القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية دستورية ، الجريدة الرسمية ، العدد ٧ تابع في ١٩٩٧/٢/١٣.

المطلب الرابع

مدى شرعية قرائن الإثبات

خرج القانون المقارن، وكذلك القضاء عن مقتضى الحماية الجنائية الدستورية لأصل البراءة، حينما أقام قرائن قانونية للإثبات[1] تفترض المسئولية الجنائية للمتهم وبالتالي تحمل هذا الأخير عبء إثبات عكسها ، وذلك لاعتبارات استثنائية رأى فيها المشرع الجنائي، أن هناك صعوبات في إثبات هذا النوع من الجرائم، وأن المتهم في وضع أفضل من الناحية الواقعية في إثبات الواقعة[2].

وهناك صورتان من صور الافتراضات: الصورة الأولى: الافتراضات التي أقامها المشرع، وتسمى بالقرائن القانونية للإثبات . والصورة الثانية: الافتراضات التي أقامها القضاء في بعض الجرائم، دون سند من القانون، وتسمى بالقرائن القضائية للإثبات وتشمل كلتا الصورتين: افتراض الركن المادي، أو افتراض الركن المعنوي[3].

وسوف نتناول بشكل موجز بعض الأمثلة على هذه القرائن قبل أن نناقش مدى شرعية مثل هذه القرائن

أولا : القرائن القانونية للإثبات التي تفترض الركن المادي:

من أمثلة القرائن القانونية Présomptions légales التي تفترض الركن المادي للإثبات في التشريعات المقارنة ما يأتي :

١- في التشريع الفرنسي:

ومن أمثلة ذلك :

أ- جريمة القوادة في قانون العقوبات الفرنسي .ففي هذا النوع من الجرائم افترض المشرع الفرنسي قيام الركن المادي للجريمة ،وذلك إذ لم يبرر المتهم موارده

---

(1) يشترط القانون في بعض البلدان ان يوضح المتهم (وليس الادعاء) أركان بعض الجرائم المعينة. ومنها مثلاً مطالبته بتفسير أسباب وجوده في مكان معين (أي في مكان وقوع الجريمة أو بالقرب منه)، أو حيازته لأشياء معينة (مثل بضائع مسروقة أو مهربة أو محظورة). وعندما تدرج هذه الشروط في نص القانون تسمى "افتراضات قانونية". وقد جرى الطعن في سلامة هذه الإجراءات لأنها تلقي بعبء الإثبات بصورة غير مقبولة على كاهل المتهم بدلاً من الادعاء، مما ينتهك أصل البراءة.

(2) أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور:" الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية"، ط٧، دار النهضة العربية، ١٩٩٦ ص ٧٧٠. الدكتور جميل عبد الباقي الصغير: " أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة "، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص١٧.

(3) Jean LARGUIER:"Procédure pénale",17e édition 1999, Dalloz, .p 241.

المالية التي يقتات منها حال إقامته للعيشية مع شخص اعتاد أن يقدمه للدعارة، أو حال كانت له علاقة معتادة مع شخص، أو عدة أشخاص يقدمهم للدعارة[1]..

ب- ومن قرائن الإثبات التي تفترض الركن المادي في القانون الفرنسي أيضاً، قرينة إخفاء أشياء متحصلة من جريمة، بالنسبة للشخص الذي تكون له سلطة على القُصَّر الذين اعتادوا ارتكاب الجنايات، أو الجنح، إذا لم يستطع تبرير موارده المالية التي يقتات منها (المادة ٣٢١-٦ من قانون العقوبات)[2].

ج- وفي قانون الجمارك افترض المشرع الفرنسي أن إدخال البضائع، أو الأشياء بطريقة غير مشروعة، متى ضبطت في المنطقة الجمركية، ولم يكن هناك ترخيص قانوني بها (المادة ٤١٨ من قانون الجمارك)[3].

---

(1)Article 225-6 de CODE PENAL: (Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 art. 50 1° Journal Officiel du 19 mars 2003). " Est assimilé au proxénétisme et puni des peines prévues par l'article 225-5 le fait, par quiconque, de quelque manière que ce soit : ....

3° De ne pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie tout en vivant avec une personne qui se livre habituellement à la prostitution ou tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant à la prostitution… "

(2)Article 321-6 du Code Pénal: (Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 Journal Officiel du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002)

Le fait, par une personne ayant autorité sur un mineur qui vit avec elle et se livre habituellement à des crimes ou à des délits contre les biens d'autrui, de ne pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende. L'amende peut être élevée au-delà de 375000 euros jusqu'à la moitié de la valeur des biens recelés.

(3)Article 418 CODE DES DOUANES : (Loi n° 2002-1576 du 30 décembre 2002 "finances rectificative art. 44 I Journal Officiel du 31 décembre 2002)

Les marchandises de la catégorie de celles qui sont prohibées à l'entrée ou fortement taxées ou soumises à des taxes de consommation intérieure sont réputées avoir été introduites en contrebande et les marchandises de la catégorie de celles dont la sortie est prohibée ou assujettie à des droits sont réputées faire l'objet d'une tentative d'exportation en contrebande dans tous les cas d'infraction ci-après = =indiqués :

1° lorsqu'elles sont trouvées dans la zone terrestre du rayon sans être munies d'un acquit de paiement, passavant ou autre expédition valable pour la route qu'elles suivent et pour le temps dans lequel se fait le transport, à moins qu'elles ne viennent de l'intérieur du territoire douanier par la route qui conduit directement au bureau de douane le plus proche et soient accompagnées des documents prévus par l'article 198-2 ci-dessus ;............

Voir: Jean Pradel: " Droit pénal " tome. II, procédure pénale, 7e édition, Cujas, N°255. p.283.

د- ومن القرائن القانونية للإثبات أيضا، ما نص عليه المشرع الفرنسي في قانون المرور، من ان مساءلة قائد السيارة المرخص له عن جريمة مخالفة قواعد وقوف السيارات، ما لم يثبت المرخص له وجود قوة قاهرة، او يقدم معلومات تسمح بالتعرف على المرتكب الحقيقي للجريمة. كما نص قانون المرور على التزام المرخص له بقيادة السيارة في دفع الغرامة المترتبة عن انتهاكه للحد الأقصى للسرعة المصرح بها، وعلى الوقوف في غير الأماكن المسموح بها، مالم يثبت سرقة السيارة، او توافر قوة قاهرة، او يقدم ادلة تثبت انه ليس هو الفاعل[1].

٢- في التشريع المصري:

من تطبيقات الافتراض القانوني للركن المادي في القانون المصري، ما تقضي به المادة ٢٧٦ من قانون العقوبات المصري، والمتعلقة بجريمة الزنا، حيث جرى نص المادة على " ان من الأدلة التي تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هي " ... وجوده في منزل مسلم، في المحل المخصص للحريم". فهذا النص ينشئ قرينة قانونية على الاشتراك في الزنا، من واقعة ضبط المتهم في المكان المشار إليه في النص، بحيث يقع على عاتق المتهم عبء إثبات العكس، كأن يكون طبيباً حضر لإسعاف الزوجة- مثلاً[2]. فإذا عجز عن إثبات العكس، كان ذلك مدعاة لقيام الركن المادي للجريمة، ومن ثم الحكم بإدانته[3].

وقد ثار جدل بشأن قانون الكسب غير المشروع في مصر، حينما نصت الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥، على انه " يعد كسباً غير مشروع كل مال حصل عليه أحد الخاضعين لأحكام هذا القانون لنفسه، او لغيره بسبب استغلال الخدمة، او الصفة، او نتيجة لسلوك مخالف لنص عقابي، او للآداب العامة ، وتعتبر ناتجة بسبب استغلال الخدمة، او الصفة كل زيادة تطرا بعد تولي الخدمة، او قيام الصفة على ثروة الخاضع لهذا القانون، او على زوجته، او اولاده

---

(1) Serge Gunchard-Jacques Buisson:" Procédure Pénale." 2000 - litec- Paris. p296.
وانظر: لستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور:" القانون الجنائي الدستوري"، مرجع سابق، ص٣٠٦ والهامش رقم ٢.

(2) الدكتور محمود نجيب حسني : " شرح قانون الإجراءات الجنائية" دار النهضة العربية ط٣، ١٩٩٨، رقم ٨٩٧، ص ٨٠٥.

(3) الدكتور محمد عيد الغريب :" حرية القاضي الجنائي في الاقتناع اليقيني واثره في تسبيب الأحكام الجنائية"، النسر الذهبي للطباعة والنشر، ١٩٩٦-١٩٩٧، رقم ٢٠، ص٢٩.

القصّر، متى كانت لا تتناسب مع مواردهم، وعجز عن إثبات مصدر مشروع لها".

ووجه الجدل أن بعض الفقه يرى[1] أن المشرع قد أقام قرينة قانونية، على أن الزيادة غير المتناسبة مع الدخل التي طرأت على الموظف إنما هو كسب غير مشروع ناجم عن استغلال الوظيفة، أو الصفة، أو مخالفته لسلوك محظور. فإذا استطاعت النيابة العامة إثبات الزيادة في ثروة المتهم، وعدم تناسب هذه الزيادة مع دخله، فإن على المتهم لكي يتخلص من المسئولية، عليه أن يثبت المصدر السليم والمشروع لثروته فإذا قام بذلك، فقد انتفت تلك القرينة التي افترضها المشرع. وهنا يعد مخالفاً للقواعد العامة المقررة في الإجراءات الجنائية، والتي تتطلب أن تقوم النيابة العامة بعبء إثبات توافر أركان الجريمة بجميع عناصرها.

بينما يرى بعض الفقه [2] أن المشرع لم يخرج على القاعدة العامة المقررة في الإجراءات الجنائية، إذ إن عبء الإثبات ما يزال قائم على عاتق النيابة العامة والمتمثل في إثبات الزيادة، وانعدام التناسب مع المورد، وفي إثباتهما ما يدل على عدم مشروعية مصدر الزيادة، وعلى من يدعي خلافها أن يقيم الدليل.

ومع تقديرنا للرأي الثاني، إلا أن هذا الوضع غير مقبول، لتعلقه بالتجريم والعقاب، وليس بدعوى مدنية، وبالتالي لا يصح أن تهدر الحقوق والحريات ومخالفة مبادئ أرسى دعائمها الدستور. فإما أن يتحمل عبء إثبات كافة الأركان من يدعي ارتكابها، أو عدم تجريم مثل ذلك الفعل. وليس هناك ما يمنع من سلوك الطريق المدني في الدعوى".

٣- في التشريع اليمني:

في الواقع إن القانون اليمني تحكمه القاعدة الشرعية التي تقضي بأن " البينة على المدعي واليمين على من انكر" وهي قاعدة تنطبق على كافة المنازعات، سواء كانت المنازعات ذات الطابع المدني، أو الجنائي. وهي ترتكز بالأساس على أن الأصل براءة

---

(1) الدكتور السيد محمد حسن شريف، " النظرية العامة للإثبات الجنائي "، مرجع سابق، ٥٤٧. الدكتور محمد إبراهيم نوفل: " شرح قانون الكسب غير المشروع" ، - من أين لك هذا ،المكتبة الانجلو مصرية ط١ ، ١٩٦٨ ، ص ٢٧٤ .

(2) انظر في هذا الرأي ، الدكتور حسن صادق المرصفاوي ، " المرصفاوي في قانون الكسب غير المشروع " ، منشأة المعارف ، ١٩٨٢، ص١٠٤ . الدكتور فؤاد جمال عبد القادر، " الكسب غير المشروع "، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٧، ص١٨٨.

الذمة، والأصل في الإنسان البراءة. وعلى هذا الأساس، فإن عبء الإثبات كاملاً يتحمله المدعي، أما المدعى عليه، فلا يطالب بشيء سوى اليمين[1] في الدعاوى المدنية، وليس في الدعاوى الجنائية، خصوصاً في الدعاوى التي توجب حداً، إذ لا يجوز فيها تحليف المتهم اليمين، والدليل على ذلك قوله تعالى:﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾[2]. وقول الرسول ﷺ : لمن قذف زوجته بالزنا: «البينة وإلا حد في ظهرك »[3]. ولم يلزم ﷺ المدعى عليه باليمين في هذه الجرائم. بل إن أي شبهة تتطرق للدليل المقام ضد المتهم لا يعول عليه وتسقط موجبات العقوبة المقررة - على ما سنوضحه-[4].

وعلى ذلك، فإن النيابة العامة في اليمن هي المسئولة عن عبء إثبات الجريمة بكافة أركانها، و عناصرها. ولا يتحمل المتهم عبء إثبات براءته.

ولم أقف على نص قانوني افترض فيه المشرع اليمني الركن المادي للجريمة.

ثانياً : القرائن القانونية للإثبات التي تفترض الركن المعنوي:

تعددت قرائن الإثبات التي تفترض الركن المعنوي، في التشريعات المقارنة، ومن تطبيقات ذلك في القانون الفرنسي، ما تقضي به المادة ٣٥ مكررا من قانون الصحافة الصادر في ٢٩ يوليو سنة١٨٨١ [5] ، حيث اعتبرت أن " كل من اعاد إنتاج ما ينطوي على قذف على سبيل التشهير، فسوف يفترض فيه سوء النية[6]، ما لم يثبت القاذف عكس ذلك ". والقانون هنا، افترض سوء النية في حق القاذف، وعلى هذا الأخير إثبات عكس ذلك.

---

(1) وقد قيل أن اليمين إنما شرعت في جانب المدعى عليه لأن موقفه قوي كونه يتمسك بأصل البراءة وهي أي اليمين حجة ضعيفة " سبل السلام للإمام الشوكاني ، جـ٢ ، ص١٣٢ .

(2) سورة النور، الآية رقم ٤

(3) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ،لابن نجيم ، جـ٤ ، ص١٢١.

(4) الدكتور احمد فتحي بهنسي: " نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي " مرجع سابق ، ص ٢٢٤.

(5) Loi du 29 juillet 1881 "Loi sur la liberté de la presse. Version consolidée au 31 décembre 2004. Article 35 bis:Créé par Ordonnance du 6 mai 1944 (JORF ALGER 20 mai 1944)." Toute reproduction d'une imputation qui a été jugée diffamatoire sera réputée faite de mauvaise foi, sauf preuve contraire par son auteur.

(6) وتعبير سوء النية هنا يختلف عن تعبير نية الإضرار التي يتطلبها المشرع، لان إرادة الإضرار لا تشترط في القذف انظر : الدكتور خالد رمضان عبد العال سلطان ، " المسئولية الجنائية عن جرائم الصحافة دراسة مقارنة" ، رسالة دكتوراه ، جامعة حلوان، ٢٠٠٢، ص ٢٥٥.

وكذلك تضمن قانون الجمارك الفرنسي، العديد من قرائن الإثبات التي تفترض الركن المعنوي[1].

وفي التشريع المصري، هناك العديد من النصوص القانونية التي تقيم قرائن للإثبات لصالح الاتهام في بعض الجرائم ، وقد تصدت المحكمة الدستورية العليا في مصر للكثير منها على ما سنبينه فيما بعد- . ومن امثلة ذلك :

١- ما تقضي به المادة ٦٣ من قانون العقوبات المصري، بأن الموظف العام الذي ارتكب فعلاً، استعمالاً لسلطة وظيفته، اعتقاداً منه انه واجب عليه قانوناً، لا يسأل جنائياً، متى اثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحري من مشروعية فعله، وان تثبته كان مبنياً على أسباب معقولة ، مما يعني انه حسن النية، فينتفي القصد الجنائي لديه[2].

٢- ومن امثلة ذلك ايضاً، ما جاء في المادة ١١٦ مكررا "ج" من قانون العقوبات المصري والمضافة بموجب القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٧٥. إذ نصت على، ان : " كل من اخل عمداً بتنفيذ كل او بعض الالتزامات التي يفرضها عليه عقد مقاولة، او نقل او توريد، أو التزام، أو اشغال عامة، ارتبط به مع إحدى الجهات المبينة في المادة ١١٩ او مع إحدى شركات المساهمة، وترتب على ذلك ضرر جسيم ، او إذا ارتكب أي غش في تنفيذ هذا العقد يعاقب بالسجن ....وكل من استعمل أو ورد بضاعة، أو مواد مغشوشة، او فاسدة تنفيذاً لأي من العقود سالفة الذكر، ولم يثبت غشه لها، أو علمه بغشها، او فسادها يعاقب.. ، مالم يثبت انه لم يكن في مقدوره العلم بالغش، أو الفساد".

وواضح ان هذا النص قد افترض الخطأ غير العمدي في حق المستعمل، أو المورد طالما لم يثبت القصد الجنائي عليهما. وعليهما عبء إثبات عكس تلك القرينة، من خلال إثبات واقعة محددة، هي أنه لم يكن في مقدوره العلم بالغش، أو الفساد، وهو ما يعني إثباته لوجود قوة قاهرة، أو ظرف فجائي كان له هذا الأثر[3] .

---

(1) حيث افترض المشرع سوء النية والغش في حق من يشترون او يحوزون بضائع بكميات تفوق عن ما يحتاجه المستهلكين، انظر للمواد ٣٩٩ و٤٠٠ و ٤١٨ من قانون الجمارك الفرنسي .

(2) الدكتور محمود نجيب حسني " شرح قانون العقوبات - القسم العام- " مرجع سابق، ص٢٤٧.

(3) انظر : الدكتور احمد عوض بلال : " المذهب الموضوعي وتقلص الركن المعنوي للجريمة " ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨ ، رقم ١٧٩، ص ٢٣٦. الدكتور السيد محمد حسن شريف " النظرية العامة للإثبات الجنائي "، مرجع سابق، ص ٥٧٠.

٣- ومن ذلك ايضاً ، ما جاء في المادة ٩/٤٧ من قانون الضريبة العامة على المبيعات الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ ، حيث نصت على انه " مع عدم الإخلال بحالات التهرب الواردة بالمادة ٤٤ من هذا القانون يعد تهرباً بالنسبة لهذه السلع يعاقب عليها بالعقوبات المقررة بتلك المادة الحالات الآتية: أ- حيازة السلع الخاضعة للضريبة بقصد الاتجار مع العلم بأنها مهربة، ويفترض العلم إذا لم يقدم من وجدت في حيازته هذه السلع المستندات الدالة على سداد الضريبة .." فهنا المشرع قد أقام قرينة على علم حائز السلع الخاضعة للضريبة، بأنها مهربة، مالم يقدم المستندات الدالة على سداد الضريبة[١] .

٤- وفي قانون المرور رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٣، المعدل بالقانون رقم ١٥٥ لسنة ١٩٩٩ ، نص المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة ٦٦ منه على انه : " إذا تبين عند وقوع إحدى حوادث المركبات، أن قائد المركبة كان في حالة سكر ، نتيجة تناوله خمراً، او مخدراً، او كان تحت تأثيرها أثناء القيادة افتراض الخطأ في جانبه إلى ان يقيم الدليل على نفي خطئه" .

وأما في القانون اليمني، فنجد أن المشرع قد افترض الركن المعنوي في بعض الجرائم غير الجسيمة، وعلى وجه التحديد بعض الجرائم المنصوص عليها في قانون المرور، وهي الجرائم ذات الخطر المجرد[٢]، حيث افترض المشرع الركن المعنوي فيها، وعلى المتهم إذا أراد أن ينفي مسئوليته، أن يقيم الدليل الذي يلغي القصد أو الخطأ، بأن يثبت أن الفعل كان ناتجاً عن قوة قاهرة، أو حادثاً مفاجئاً لا يمكن توقعه[٣] .

وكذلك احتوى قانون ضريبة للبيعات اليمني الصادر برقم ١٩ لعام ٢٠٠١م وتعديلاته[٤] ، على بعض النصوص التي تفترض الركن المعنوي، وتلقي بعبء إثبات

---

(١) الدكتور السيد محمد حسن شريف: " النظرية العامة للإثبات الجنائي "، مرجع سابق،ص ٥٦٩.

(٢) حيث جرت العادة على تقسيم جرائم المرور إلى جرائم ضرر وجرائم خطر ، ففي النوع الأول تتطلب الجرائم وقوع ضرر فعلي لوقوع الجريمة وأن تكون المركبة عنصراً في الجريمة وأن يكون أحد اطرافها على الأقل قائد المركبة وأن تكون الجريمة على الطريق العام ومن هذه الجرائم القتل الخطأ و جرائم الإصابة الخطأ وجرائم الإتلاف غير العمدي . أما جرائم الخطر فهي جرائم لا يشترط أن ينتج عنها ضرر بل يكتفي المشرع لقيام الجريمة مجرد ارتكاب الجريمة (الخطر المجرد) أو قد تهدد بالضرر كان يسير قائد السيارة بسرعة أعلى من السرعة القانونية في مكان مزدحم بالمشاة (الخطر الفعلي). انظر : الدكتور خالد عبد الباقي الخطيب: " جرائم وحوادث المرور ودور الشرطة في مواجهتها، مرجع سابق، ص ١٧٠.

(٣) الدكتور خالد عبد الباقي الخطيب: " جرائم وحوادث المرور.."، المرجع السابق، ص١٧٠.

(٤) وقد بدأ العمل بهذا القانون ابتداء من أول سبتمبر عام ٢٠٠٥ .

العكس على عاتق المتهم. ولذلك فقد تم تقديم طعن أمام الدائرة الدستورية في المحكمة العليا، وأصدرت هذه الأخير قراراً بوقف تنفيذه، حتى البت في الطعن بعدم دستورية نصوصه التي تتعارض كلياً، او جزئياً مع الدستور.

ثالثا : القرائن القضائية للإثبات :

هناك قرائن اسسها القضاء، تسمى بالقرائن القضائية Présomptions jurisprudentielles . وهي قرائن تفترض الركن المادي، والركن المعنوي في بعض الجرائم على خلاف للبدأ الذي يقرر أن عبء الإثبات تتحمله جهة الادعاء . وهذه القرائن لا تستند في قيامها على نصوص قانونية. وإنما هي استثناءات أقامها القضاء في نطاق ضيق جداً من الجرائم[1] .

ومن تطبيقات ذلك، ما استقر عليه منذ زمن لدى محكمة النقض الفرنسية بأن كثيراً من جنح التزييف التي تتطلب الركن المعنوي، لا يفترض فيها حسن نية المتهم. وعلى للقلد، أو المزيف أن يثبت حسن نيته[2] . ويفهم من ذلك، أن النيابة لا تتحمل عبء إثبات الركن المعنوي، وذلك، لأن القضاء قد استقر على افتراض سوء النية في التقليد[3] .

وفي مصر ذهبت محكمة النقض المصرية إلى افتراض علم الشريك بزواج من زنى بها، وعلم الجاني بسن المجني عليه في جريمة هتك العرض بغير قوة، أو تهديد، حيث قضت بأن "... كل ما يوجبه القانون على النيابة العامة، أن تثبت في جرائم الزنا ، أن المراة التي زنا بها متزوجة ، وليس عليها أن تثبت علم شريكها بأنها كذلك ، إذ إن علمه بكونها متزوجة امر مفروض، وعليه هو لكي ينفي هذا العلم ان يثبت أن الظروف كانت لا تمكنه من معرفة ذلك لو استقصى عنه[4] . ويتبين من هذا الحكم ان المحكمة اعتبرت، أن إهماله في البحث عما إذا كانت المراة التي زنا بها متزوجة قرينة على أنه قد قصد ارتكاب الزنا، حتى لو كانت متزوجة[5] .

---

(١)Gaston Stefani, Georges Levasseur :" Les règles de preuve dans le procès pénal", op.cit.N° 3 0 0 . p.283.

(٢)Cass.Crim. 1er févr. 1912, Gaz.Pal. 1912 I 437 ; Cass.Crim. 8 déc. 1954, B. n° 377 ; Cass.Crim. 28 févr. 1956, D.P . 1956, p.151

(٣) انظر : الدكتور هلالي عبد اللاه احمد : " النظرية العامة للإثبات.. "، مرجع سابق، ص ٧٩٤ والهامش رقم٢.

(٤) نقض مصري في ٢٩ مايو ١٩٦٢ ، مجموعة احكام النقض ، س ١٣ ، رقم ١٣٠، ص٥١٠ .

(٥) الدكتور السيد محمد حسن شريف: " النظرية العامة للإثبات الجنائي "، مرجع سابق، ص ٥٧٦.

و هناك قرائن أخرى للإثبات ، سواء التي أقامها المشرع، أو التي أقامها القضاء. وكلها تفترض الركن المادي، أو المعنوي. وتلقي بإثبات عكسها على عاتق المتهم. ولا يتسع المقام لذكرها

والناتج النهائي لافتراض المسئولية الجنائية للمتهم لتلك القرائن، هو أن المشرع والقضاء قد نحّيا جانباً أصل البراءة، لاعتبارات قدّرَ أنها جديرة بهذا الاستبعاد، كأن تكون هناك صعوبات تعترض طريق إثبات هذا النوع من الجرائم، لصعوبة جمع الأدلة فيها. وأن المتهم أقدر على إثبات براءته من إقامة الدليل عليها، أو قد يُنظر إليها على أنها جرائم بسيطة.

رابعاً- حماية أصل البراءة في مواجهة قرائن الإثبات المناقضة:

إذا كان المشرع والقضاء قد نحّيا جانبا أصل البراءة، بإقامة قرائن تفترض المسئولية الجنائية للمتهم وتحميله عبء إثبات عكسها، فإن التساؤل المطروح على بساط البحث هو: ما مدى شرعية التضحية بالحماية الدستورية المقررة لأصل البراءة لاعتبارات قدرها المشرع، أو القضاء الجنائي؟

والإجابة على ذلك، أنه إذا كان من المقبول أن يعرف القانون المدني بعض القرائن التي تفترض المسئولية المدنية، أو تنقل عبء الإثبات في بعض الأحيان على عاتق المدعى عليه في المسائل المدنية، فإن هذا الأمر غير مقبول في مجال القانون الجنائي، لا لتعارضه مع أصل البراءة فحسب، وإنما لتعارضه كذلك مع ركيزة أساسية تقوم عليها العدالة الجنائية المعاصرة، وهي شخصية المسئولية الجنائية[1].

وفي هذا الخصوص، رأت اللجنة الأمريكية الدولية لحقوق الإنسان، أنه من الضروري إلغاء القواعد التي تسمح بتكييف الاتهام بارتكاب فعل جنائي بالاعتماد فقط على الاشتباه، أو على وجود صلات، حيث إنها تلقي عبء الإثبات على المتهم بدلاً من الادعاء ، مما يمثل انتهاكاً لأصل البراءة[2].

ورأت اللجنة الأمريكية الدولية، أن المحاكم الخاصة في نيكاراغوا، قد انتهكت

---

(1) الدكتور رءوف عبيد، " السببية الجنائية بين الفقه والقضاء "، دراسة تحليلية مقارنة، دار الفكر العربي، ط٤، ١٩٨٤، ص٢٧٦. الدكتور السيد محمد حسن شريف، " النظرية العامة للإثبات الجنائي "، مرجع سابق، ٥٨١.
(2) دليل المحاكمات العادلة، مرجع سابق.

أصل البراءة، حيث إنها اعتبرت أن انتماء متهم لقوات الحرس الوطني السابقة أو لهيئات متصلة به، هو في حد ذاته دليل يبرر افتراض أنه مذنب. وطبقاً للجنة، فإن المحاكم الخاصة قد بدأت التحقيق بناء على أن جميع هؤلاء الأشخاص المتهمين مذنبون إلى أن تثبت براءتهم[1].

ومما يسترعي الانتباه، أن المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان رأت أن "الافتراضات القانونية" لا تنتهك بالضرورة أصل البراءة، ولكنها اشترطت، أن يضع القانون تعريفاً دقيقاً لها، وأن تقيد بحدود معقولة. وكذلك يجب أن تحفظ للمتهم الحق في الدفاع عن نفسه، أي يجب أن يكون بوسع المتهم أن يفندها ويدحضها[2].

وقد ردد المجلس الدستوري الفرنسي عين ما ذهبت إليه المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، حينما قرر، أنه يمكن في بعض الأحوال، وخاصة في مسائل المخالفات، وضع قرائن تفترض توافر الخطأ، شريطة كفالة حقوق الدفاع، وأن تشير الوقائع بصورة معقولة إلى نسبتها للمتهم[3].

وقد وجه بعض رجال الفقه[4]، انتقاداً لمسلك المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان والمجلس الدستوري الفرنسي،حيث اعتبر أن هذه القرائن تلقي عبء إثبات البراءة على المتهم، وأن قضية احترام حقوق الدفاع، لا يكون إلا في مقام الرد على أدلة الاتهام لا لإثبات البراءة ابتداء. وهو ما يشكل في الأخير مساساً بأصل البراءة.

وبدورنا لا نتفق مع ما ذهبت إليه المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، أو المجلس الدستوري الفرنسي، ذلك أن مؤدى الحماية الجنائية لأصل البراءة، تفرض على جهة الادعاء إثبات الركن المادي والمعنوي للجريمة في كافة الأحوال، مهما كانت الصعوبات التي تواجهها في إثبات أيا من هذه الأركان. وفي ذات الوقت، تفرض الحماية الجنائية لأصل البراءة على المشرع الجنائي عدم الخروج على هذا الأصل، بإعفاء النيابة العامة من إثبات أحد أركان الجريمة، أو أحد عناصرها. ومهما قيل في تبرير مثل هذه الافتراضات من اعتبارات، كصعوبة إثبات هذا النوع من الجرائم ، أو أن

---

(1) المرجع السابق نفسه .

(2) Salabiaku v. France A 141-A para 28 (1988).

(3) Déc.No. 99-411 DC. 16 juin1999, J.O. 19 juin 1999, p.9018.

(4) أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور، " القانون الجنائي الدستوري "، مرجع سابق، الهامش رقم ٢، ص٣٠٦.

المتهم في وضع افضل من الناحية الواقعية في إثبات الواقعة، او انها جرائم قليلة الأهمية، او ان عقوبتها بسيطة، إلا ان هذا الوضع ليس بمقبول، لأنه يتعلق بالتجريم والعقاب. ثم إن العلاج لمثل هذه الجرائم لا يكون بإهدار الحقوق والحريات ومخالفة مبادئ ارسى دعائمها الدستور.

وفي تصورنا، ان المشكلة في إقامة مثل هذه القرائن في الإثبات وتحميل المتهم عبء إثبات عكسها، راجع إلى نظرة غير منحازة لأصل البراءة في المتهم، حيث الراسخ ان هذا المبدا مجرد قرينة وليس كونه اصل دستوري توجبه الفطرة التي جبل الإنسان عليها، ويتطلبه الدستور لصون الحرية الشخصية. وانه ليس الهدف منه حماية المذنبين، ولكن لتحقيق اصل شرعي، مؤداه ان الخطأ في العفو خير من الخطأ في العقوبة. وان العقوبة يتعين درؤها عن كل فرد تكون التهمة الموجهة إليه مشكوكاً فيها. وأن هذا الأصل لا ينقضه سوى الحكم الجازم الذي لا رجعة فيه، على ضوء الأدلة التي تقدمها النيابة العامة مثبتة بها الجريمة التي نسبتها إليه في كل ركن من اركانها، بما في ذلك القصد الجنائي بركنيه العام والخاص. وبغير الأدلة التي لا تدع مجالاً معقولاً للشك، لا ينهدم اصل البراءة. فيبقى الحال على ما هو عليه من البراءة الأصلية، حتى و إن حصل خطأ في تقرير ذلك؛ لأن الخطأ في براءة مدان خير من الخطأ في إدانة بريء[1].

وغني عن البيان، أن الحماية الجنائية لأصل البراءة، لا تجعل من هذا المبدا صالحاً للتطبيق مباشرة على كل نص تشريعي، او قضائي يتعارض مع هذه الحماية، وإنما يتطلب ذلك، رفع دعوى أمام الهيئة الدستورية المختصة بالرقابة على دستورية

---

(1) انظر : أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية التي أعلت من شان اصل البراءة:
- جلسة ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥ القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية " دستورية " ، الجريدة الرسمية العدد رقم ٢٢ بتاريخ ٨ يونيه١٩٩٥.
- جلسة ٣ يوليو سنة ١٩٩٥ في القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ ق " دستورية" مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، الجزء السابع ، ص ٦٧.
- جلسة ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥، القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ ق" دستورية "، الجريدة الرسمية العدد رقم ٥١ بتاريخ ٢١ديسمبر ١٩٩٥.
- جلسة ١٥ يونيه سنة ١٩٩٦، القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ ق " دستورية" مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، الجزء السابع ، ص ٧٤٢.
- جلسة ٥ يوليو سنة ١٩٩٧ القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ ق "دستورية الجريدة الرسمية العدد رقم ٢٩ بتاريخ ١٩يوليو١٩٩٧.
- جلسة أول فبراير سنة ١٩٩٧، القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ ق " دستورية " الجريدة الرسمية العدد رقم ٧.

القوانين، حتى تتولى بذاتها التأكد من تعارض النص القانوني مع قاعدة في الدستور. وبالتالي تصدر حكمها ببطلان النص المتعارض، وتجرده من قوة نفاذه وزوال الآثار القانونية المترتبة عليه منذ إقراره[١].

وسوف نبين دور المحكمة الدستورية العليا في مصر في التصدي للنصوص التي تعارض أصل البراءة والأثر المترتب عليها وذلك على النحو التالي:

١- دور المحكمة الدستورية العليا في التصدي للنصوص المخالفة لأصل البراءة:

تصدت المحكمة الدستورية العليا في مصر، للكثير من قرائن الإثبات التي أعفت النيابة العامة من إثباتها، ونقلت عبء إثبات عكسها على عاتق المتهم وحكمت بعدم دستوريتها لمخالفتها لأصل البراءة[٢].

ومن تطبيقات ذلك ما يلي :

- الحكم بعدم دستورية المادة ١٩٥ من قانون العقوبات[٣]، حيث كان النص يقضي بأنه : " مع عدم الإخلال بالمسئولية الجنائية بالنسبة لمؤلف الكتابة، أو واضع الرسم، أو غير ذلك من طرق التمثيل ، يعاقب رئيس تحرير الجريدة، أو المحرر المسئول عن قسمها الذي حصل فيه النشر - إذا لم يكن ثمة رئيس تحرير- بصفته فاعلا أصيلا للجرائم التي ترتكب بواسطة صحيفته .ومع ذلك يعفى من المسئولية:

١- إذا أثبت أن النشر حصل بدون علمه، وقدم منذ بدء التحقيق كل ما لديه من المعلومات والأوراق للمساعدة على معرفة المسئول عما نشر.

٢- أو إذا أرشد في أثناء التحقيق عن مرتكب الجريمة، وقدم كل ما لديه من المعلومات والأوراق لإثبات مسئوليته، وأثبت فوق ذلك أنه لو لم يقم بالنشر لعرض نفسه لخسارة وظيفته في الجريدة، أو لضرر جسيم آخر.

وقد قضت المحكمة بعدم دستورية هذا النص على أساس، أنه جعل رئيس التحرير مواجها بقرينة قانونية في حقه، دون دليل يظاهر الواقعة التي أثبتتها،

---

(١) راجع: الدكتور رمزي رياض عوض: " الرقابة على التطبيق القضائي لضمانات المحاكمة المنصفة"، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥-٢٠٠٦، ص ١٩٤ وما بعدها.

(٢) انظر في عرض ذلك أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري "، المرجع السابق، ص ٢٠٧-٢١٣

(٣) جلسة أول فبراير سنة ١٩٩٧، القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ ق " دستورية " الجريدة الرسمية العدد رقم ٧ .

ومكلفا بنفيها. مما يناقض أصل البراءة.

- كما قضت المحكمة الدستورية[1] بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الأحزاب، والتي افترضت مسئولية رئيس الحزب مع رئيس تحرير صحيفة الحزب عما ينشر فيها"، لما ينطوي عليه من إخلال بأصل البراءة ، بالإضافة إلى ذلك تعارضهما مع مبدأ دستوري آخر، وهو شخصية المسئولية الجنائية (المسئولية عن فعل الغير) .

- وكذلك. قضت المحكمة الدستورية العليا[2]، بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون قمع التدليس والغش رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ ، والمعدل بالقانونين رقمي ٥٢٢ لسنة ١٩٥٥ ، و٨٠ لسنة١٩٦١، حيث كان النص يفترض علم المتهم بغش أو فساد المادة موضوع الجريمة، إذا كان من المشتغلين بالتجارة، أو الباعة الجائلين، مالم يثبت المخالف حسن نيته، ومصدر الأشياء موضوع الجريمة، منشئاً بذلك قرينة قانونية على ثبوت واقعة العلم بغش، أو فساد السلعة، وأعفى النيابة العامة من هذا الإثبات. وقد عدل المشرع فيما بعد هذا النص بالقانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤.

- ومما قضت بعدم دستوريته أيضاً، لمخالفته أصل البراءة، الفقرة الثانية من المادة ١٢١ من قانون الجمارك، الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ حيث افترض العلم بالتهريب، إذا لم يقدم من وجدت في حيازته البضائع بقصد الاتجار المستندات الدالة على أنها قد سددت عنها الضرائب الجمركية المقررة[3] . وقد اعتبرت المحكمة الدستورية أن افتراض العلم بأحد عناصر القصد الجنائي بقرينة تحكمية ، ونقل عبء نفيه إلى المتهم ، مناقضاً لأصل البراءة.

وفي إطار ذات القانون، أصدرت المحكمة الدستورية حكمها بعدم دستورية ما تضمنته المواد ٣٧ و٣٨ و ١١٧ من قانون الجمارك، عندما جعل النص مجرد النقص في عدد الطرود المفرغة من محتوياتها عما أدرج في قائمة الشحن قرينة على تهريبها وهذه القرينة، تخالف أصل البراءة[4] .

---

(1) جلسة ٢ يوليو سنة ١٩٩٥، القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ ق "دستورية" ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية ، الجزء السابع ص ٤٥ .
(2) جلسة ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥ ، القضية رقم ٥ لسنة ١٥ ق " دستورية " ، الجريدة الرسمية، العدد رقم ٢٣ بتاريخ ٨ يونيه١٩٩٥.
(3) جلسة ٢ فبراير ١٩٩٢ ، رقم ١٣السنة ١٢ق "دستورية" مجموعة أحكام المحكمة جـ ٥ المجلد الأول ص١٦٥.
(4) جلسة ٢ أغسطس سنة ١٩٩٧ ، القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ ق " دستورية " ، الجريدة الرسمية ، العدد رقم ٣٢ بتاريخ ١٤ أغسطس ١٩٩٧.

- وقضت ايضاً ، بعدم دستورية المادة ١٨ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦، بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها، وذلك فيما تضمنته من تقرير جزاء جنائي يقوم بمجرد مخالفة أحكام المواد " ٢ ، ١٠ ،١١، ١٢، ١٤ ، ١٤ مكررا " من هذا القانون ، وذلك إذا كان مقارفها حسن النية. وقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أن العقوبة التي فرضها النص، كجزاء على الأفعال التي آثمها ، هي عقوبة المخالفة . وانحدارها على هذا النحو ، يفيد تعلقها بأفعال لا يتعمدها مرتكبها، و تصل خطورتها إلى حد الإيغال في الجزاء عليها ، ليكون قوامها خطأ اتخذ من مفهوم الجريمة غير العمدية إطاراً ولذلك فقد قضت المحكمة بمخالفة هذا النص لأصل البراءة[1] .

- وقضت بعدم دستورية الفقرة الثالثة ، من المادة ١٥٤ من قانون الزراعة، الصادر بالقانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ ، المعدل بالقانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٨٣، حيث افترض النص توافر القصد الجنائي في شأن الحائز لأتربة أرض زراعية متخلفة عن تجريفها ، وأن ذلك يخالف أصل البراءة ويجرده من محتواه[2] .

ولا غرو أن ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا،جدير بالتأييد؛ كون النصوص السابقة تتناقض مع الحماية الجنائية الدستورية لأصل البراءة، الذي يفرض على المشرع، والقضاء، عدم هدم هذا المبدأ بغير دليل يقيني، لا يخالطه أدنى شك معقول، تستخلصه المحكمة وتكون منه عقيدتها.

وفي هذا الصدد نصت المادة ٣/٦٦ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بانه: "يجب أن تقتنع المحكمة بأن المتهم مذنب بصورة لا تدع أي مجال معقول للشك قبل ان تدينه.". ورغم أن معيار الإثبات ليس منصوصاً عليه صراحة في المعايير الدولية، إلا أن اللجنة المعنية بحقوق الإنسان قالت: **"يقع عبء إثبات التهمة على الادعاء، ويفسر الشك لصالح المتهم بسبب افتراض براءته." ولا يجوز افتراض أنه مذنب بأية صورة، حتى تثبت عليه التهمة بما لا يدع أي مجال معقول للشك"[3] .**

---

(1)جلسة ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ ، القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ ق "دستورية"مجموعة أحكام المحكمة الدستورية ، ج٧ ، ص ٢٨٠ .

(2)جلسة ١٦ نوفمبر سنة ١٩٩٦، القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ ق " دستورية ". نشر بالجريدة الرسمية ، العدد رقم ٤٧ في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٩٦.

(3) دليل المحاكمات العادلة، مرجع سابق.

٢- الأثر المترتب على حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية النص المخالف لأصل البراءة:

التساؤل الجوهري الذي يقتضي التصدي له في هذا المقام هو: في حال حكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص لمخالفته أصل البراءة، فما هو الأثر المترتب عن هذا الحكم في مواجهة من مس النص حقه في أصل البراءة، واتخذت ضده إجراءات ماسة بالحرية الشخصية، أو تم تغريمه.او كانت الإجراءات بصدد ذلك .

والإجابة على ذلك، تثير قضية أخرى هي عن الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية نص تشريعي ونحن هنا بصدد نص جنائي قضي بعدم دستوريته لمخالفته أصل البراءة.

والأصل المتفق عليه في الفقه والقضاء أنه يترتب على الحكم بعدم دستورية نص جنائي إلغاء قوة نفاذ هذا النص، فيغدو معدوماً من الناحية القانونية واعتباره منعدم القيمة بأثر رجعي لا من وقت صدور الحكم فحسب وإنما من تاريخ العمل بهذا النص التشريعي. ومعنى ذلك سقوط كل اثر للنص، و لو صار الطعن فيها ممتنعا، لتفارقها قوة الأمر المقضي التي قارنتها، وهي رجعية لا قيد عليها، و لا عاصم منها، بل يكون اثرها جارف لكل عائق، على كل منها، ولو كان حكما باتا[1] .

ويترتب علي ذلك آثار منها براءة المتهمين، والإفراج عنهم فوراً، طبقاً لمبدا الشرعية الجنائية التي تقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة الا بنص وان الأصل في الإنسان البراءة[2] .

وعلى ضوء ذلك إذا كانت الدعوى في مرحله التحقيق، او المحاكمة قبل الفصل فيها، والتي رفعت فيها الدعوى على اساس انتهاك المتهم للنص الذي قضي بعدم دستوريته، ولم يثبت ارتكاب المتهم لجرائم اخرى، ففي هذه الحالة، يجب على النيابة العامة اتخاذ قرار بحفظ الدعوى، أو صدور قرار بألا وجه لإقامتها، لعدم وجود جريمة . وإذا تم تكليف المتهم بالحضور أمام المحكمة المختصة، ينعقد الاختصاص للمحكمة المحال أليها الدعوى، وهي التي تتخذ قرار باستبعاد القضية

---

(١) مقتطفات من تقديم الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر للمستشار المستشار عوض المر.

(٢)راجع قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ الصادر في ٢٩ /١٩٧٩/٧.

ولا يجوز للمحكمة ان تنظر الدعوى. لعدم وجود جريمة.

و في حالة صدور حكم بالإدانة، استناداً إلى نص قضي بعدم دستوريته ، فإن احترام الشرعية الدستورية، تقتضي ان يسري ذلك بأثر رجعي مطلق، علي جميع الأحكام القضائية الصادرة بالإدانة، استناداً إلي ذلك النص المقضي بعدم دستوريته يستوي بذلك ان يكون صادراً بعقوبة مقيدة للحرية، او سالبة لها، او بعقوبة مالية سواء كانت غرامة، او تعويضات، او رد مبالغ، ويستوي كذلك، أن يكون هذا الحكم قد صدر مستنداً إلي النص وحده، أو إلي مجموعة من النصوص، من بينها النص المقضي بعدم دستوريته، فيمتد إليه الأثر الرجعي في هذه الحالة، حتى و لو كانت الأحكام الصادر بالإدانة احكام باتة. و في هذا انحياز كامل للحرية الشخصية و الشرعية الدستورية، كون الأحكام الجنائية تمس بطريقة مباشرة الحرية الشخصية للمواطن، وهي اعز ما يحرص عليه، فإذا اتضح أن النص الذي طبق عليه كان غير دستوري، فالعدالة تقتضي، أن يغلب جانب الحرية علي جانب حجية الأحكام الجنائية، إعمالا لمبدأ الشرعية[1] .

ولكن هناك تساؤل آخر هو: ما إذا كانت الإحكام الجنائية الصادرة بالإدانة استناداً إلى نص قضى بعدم دستوريته، تعتبر كان لم تكن ويتم الإفراج عن المتهم بشكل تلقائي ورد التعويضات، ام انه لا بد من طلب التماس إعادة النظر؟

والواقع أن الفقه انقسم حيال ذلك إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول:[2] يرى ان الأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة استناداً إلى نص قضي بعدم دستوريته وإن كانت من الناحية القانونية كأن لم تكن، فإنه من الناحية العملية لا يتم ذلك بشكل تلقائي، وإنما لابد من تقديم التماس إعادة النظر، وفقاً للقانون الإجرائي ،لأن إعادة المحاكمة هي التي سوف تقرر ما إذا كانت الإدانة قد استندت فقط على النص المحكوم بعدم دستوريته ام لا ؟

---

(1) انظر ، الدكتور عبد العزيز محمد سلمان: " الآثار القانونية لأحكام الدستورية العليا، مرجع سابق، ص ٢٢٧.

(2) الدكتور عبد العزيز محمد سلمان ، المرجع السابق نفسه ، ص٢٢٧

الاتجاه الثاني: وإن كان يتفق انصاره[1] مع ما ذهب إليه انصار الاتجاه الأول في الشق المتعلق بانعدام كل اثر للنص الجنائي المقضي بعدم دستوريته، بحيث يصبح كأن لم يكن. ولكنه يختلف معه في ان الحكم يعتبر كأن لم يكن دون الحاجة إلى سلوك طريق التماس إعادة النظر، كما قال بذلك انصار الاتجاه الأول، طالما لم يوجب النص ذلك. حيث يرى هذا الفقه - وبحق- ان معنى ذلك، ان يظل المحكوم عليه مقيد الحرية، منفذاً لحكم اعتبر كأن لم يكن بقوة القانون، ويظل الحكم يجرى بشأنه تحقيقات. ثم تعرض هذه التحقيقات على محكمة النقض، مما يؤدي إلى الانتقاص من حرية المحكوم عليه. وقد تنقضي العقوبة التي لم يعد لها سند من القانون.

وترتيبا على ذلك، يجب إخلاء سبيل من حكم عليه بحكم إدانة مستنداً إلى نص مقضي بعدم دستوريته. ولما كانت النيابة العامة هي سلطة تنفيذ الأحكام واصبح السند التنفيذي كان لم يكن، ولم يعد منه شيء باقيا، تعين إخلاء سبيل المحكوم عليه فوراً، حيث إن حبسهم دون سند قانوني، يعتبر افتئاتا علي حرياتهم والتي هي من مقومات الشخصية الأساسية . ثم إنه من بعد يشكل انتهاكاً لأصل البراءة".

ومن الجدير بالذكر ان قانون السلطة القضائية في اليمن يفتقر للنصوص التي تنظم دور الدائرة الدستورية في المحكمة العليا، نتيجة عدم رسوخ تقاليد قضائية صحيحة في اليمن وعدم وجود لائحة تنظم عملها وتضبط مسارها. وهو ما يتطلب إصلاحاً وتطويراً تشريعياً وإدارياً للقضاء بكل هيئاته يخرجه من دائرة الممارسات السلبية والخاطئة إلى ما يعزز دورها في حماية الحقوق والحريات، حتى تكون بالفعل من مقومات الدولة القانونية الحديثة.

---

(1) الدكتور عبد العزيز محمد سلمان، المرجع السابق نفسه، ص ٢٢٩،

المبحث الثاني

إثبات وسائل دفع المسئولية الجنائية

إذا كنا قد انتهينا إلى أن المتهم غير مكلف بإثبات براءته، إعمالاً لأصل البراءة، فإن الجدل قد ثار بشأن دفع[1] المتهم بما هو في مصلحته ، كأن يدفع بتوافر سبب من أسباب الإباحة faits de justification ، كالدفاع الشرعي، أو مانع من موانع المسئولية causes de non imputabilité، كالإكراه، أو مانع من موانع العقاب ،كصفة الزوج، أو الأصل في إخفاء الفارين من وجه العدالة (م ٥/١٤٤ قانون عقوبات مصري)أو سبب من أسباب انقضاء الدعوى الجنائية، كالعفو أو التقادم. فهل تنطبق علي المتهم القاعدة التي تجعل المدعى عليه يصير مدعياً كما هو الحال في الادعاء المدني، وبالتالي يتحمل هو عبء إثبات الدفع؟ أم أن هناك وضع خاص في الدعاوى الجنائية، بحيث يظل عبء إثبات أركان الجريمة بكافة عنصرها، وما يثيره المتهم من دفوع على عاتق النيابة العامة.

والإجابة على ذلك تدفعنا، أولا: إلى مناقشة الموقف التشريعي، والقضائي من إثبات هذا الدفع.وثانياً تناول موقف الفقه في هذا الشأن. وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

موقف التشريعات من مسألة إثبات وسائل دفع المسئولية الجنائية

السائد في التشريع الإسلامي، حيث مصدر القاعدة التي تقضي بأن البينة على المدعي وهي قاعدة معمول بها في نطاق الإثبات المدني، والجنائي على حد سواء. وهو ما ذكرناه سابقاً . أما ما يتعلق بعبء إثبات الدفوع ، فإن بعض فقهاء الشريعة الإسلامية، قد حملوا المتهم عبء إثبات الدفع، والبعض الآخر حملها الادعاء على ما سنوضحه لاحقاً .

والمتتبع لأحكام التشريع الإسلامي يجد أنه قد أرسى قواعد تحمي المتهم في

---

(1) والدفع بصفة عامة مكنة يسعى من يبديه إلى درء الإدعاءات التي يوجهها المدعي لدحضها . وهي في القانون الجنائي عبارة عن وسيلة المتهم لدرء الاتهام عنه سواء لهدم ركن أو أكثر من أركان الجريمة أو الدفع بتوافر أسباب قانونية تؤدي إلى تبرئته، أو على الأقل تخفف المسئولية عنه . انظر: الدكتور رءوف عبيد: " ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق"، دار الفكر العربي، ١٩٨٦، ص١٦٣.

المسائل الجنائية، بحيث إذا دفع المتهم بتوافر سبب من أسباب امتناع المسئولية، أو تخفيفها، فإنه غير مطالب بإثباتها. ويمكننا أن نستشف ذلك من خطاب الرسول ﷺ حينما قال: ادْرَءُوا الْحُدُودَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ فَإِنْ كَانَ لَهُ مَخْرَجٌ فَخَلُّوا سَبِيلَهُ.. "، حيث يفيد هذا الخطاب النبوي الموجه إلى القائمين بشئون القضاء، أن عليهم التثبت من كل ما من شأنه أن يدين المتهم، وأن يدفعوا التهمة عن المتهم، ولما كان المتهم قد دفع بما يدرأ عنه العقوبة، فإن على جهة القضاء أن تتحقق مما دفع به المتهم، لأن خطاب النبي موجه إليهم بقوله: " ادرءوا الحدود... "، والدرء هنا بمعنى الدفع، والقضاة هم المعنيون بذلك. وإذا كان هذا النص ينصرف إلى الحدود باعتبارها من الجرائم ذات العقوبات التي فيها حق الله، فكذلك يمكن أن تسرى في حقوق الآدميين[1].

وفي التشريعات الوضعية تطبق قاعدة البينة على المدعي، Actori incumbit probatio في المواد المدنية، فمن يدعى وجود واقعة ما، فعليه إثبات ما يدعيه، فإذا قدم المدعى عليه دفعا؛ كأن يدفع دعوى الدائن بسداد الدين. فإنه بدفعه هذا يصير مدعياً. وبالتالي يتحول عبء إثبات ما يدعيه عليه. ومن ثم عليه إثبات أنه قد قام بسداد الدين. وكذلك الحال لو نازع المدعي، المدعى عليه ملكية الدار، ودفع المدعى عليه، بأنه اشتراه منه. تعين عليه إثبات ما يفيد الشراء، وهكذا... فالمدعي حسب تعريف نص المادة الثالثة من قانون الإثبات اليمني الصادر بقرار رقم ٢١ لسنة ١٩٩٢،" هو من يدعي خلاف الظاهر".

ولذلك، إذا أثبت المدعي ما يخالف الظاهر، ودفع المدعى عليه، فإن هذا الأخير

---

(1)وفكرة عبء إثبات الدفع تظهر جلية في واقعة يوسف عليه السلام وامرأة العزيز حينما اتهم بمراودتها فدفع التهمة عن نفسه بقوله هي راودتني عن نفسها وتدخل أحد أفراد عائلة الادعاء (امرأة العزيز) ليبرئ سيدنا يوسف عليه السلام باستخدام قرينة لصالحة المتهم . وهي الواقعة التي سجلها القرآن الكريم .قال تعالى : وَاسْتَبَقَا الْبَابَ وَقَدَّتْ قَمِيصَهُ مِن دُبُرٍ وَأَلْفَيَا سَيِّدَهَا لَدَى الْبَابِ قَالَتْ مَا جَزَاءُ مَنْ أَرَادَ بِأَهْلِكَ سُوءًا إِلَّا أَن يُسْجَنَ أَوْ عَذَابٌ أَلِيمٌ{٢٥} قَالَ هِيَ رَاوَدَتْنِي عَن نَّفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الكَاذِبِينَ{٢٦} وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِن الصَّادِقِينَ{٢٧} فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدَّ مِن دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِن كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ{٢٨} سورة يوسف .

يكون بذلك مدعياً، لأنه خالف الظاهر، وهي البينة[1]. كما نصت المادة ١٧٩ من قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٢، بأن الدفع دعوى يبديها المدعى عليه.." لذلك فالمدعى عليه - في الدعاوى المدنية والتجارية، يصير مدعيا بالدفع Reus in excipiendo fit actor. وهذا هو مسلك المشرع المصري في المادة الأولى من قانون الإثبات[2] وكذلك المادة التاسعة من قانون الإثبات الفرنسي[3].

وإذا كان هذا هو الوضع السائد في الإثبات في المواد المدنية، فإن الأمر مختلف في الدعاوى الجنائية -كما سبق أن ذكرنا-حيث الأصل أن يهيمن عليها المبدأ الدستوري الذي يقضي بأن الأصل في المتهم البراءة.

ومع ذلك نجد بعض القوانين لم تشر إلى ذلك صراحة، كما هو الحال في التشريع اليمني. وبعضها الآخر وإن كانت قد التزمت الصمت، فإن بعض نصوصها تساهم في تحميل المتهم عبء إثبات الدفع ،كما هو قائم في القانونين المصري والفرنسي[4].

المطلب الثاني

موقف القضاء من مسألة إثبات الدفع

اختلف مسلك القضاء فيما يتعلق بتحديد الطرف الذي يتحمل عبء إثبات الدفع في المسائل الجنائية، نتيجة عدم وجود نص قانوني صريح في هذا الخصوص

---

(1) فالمدعي ليس هو رافع الدعوى فحسب وإنما كل من يتمسك بالواقعة المراد إثباتها، سواء كان المدعي أم المدعى عليه في الدعوى، بمعنى أن عبء الإثبات يعاد توزيعه بين المدعي والمدعى عليه بحسب الواقعة التي يمكن أن يُدَّعَى بها. راجع الدكتور جميل الشرقاوي : " الإثبات في المواد المدنية"، دار النهضة العربية ، ١٩٧٦، رقم ١١ ، ص٢٣

(2) انظر : الدكتور محمود احمد طه : " عبء إثبات الأحوال الأصلح للمتهم " ، مرجع سابق ، ص٢٠.

(3)Bernard Bouloc:"présomption d'innocence en droit pénal des affaires", R.S.C.1995,N°3, p.465.

(4)ويكفي للتدليل على ذلك نص المادة ٣٦ من قانون الإجراءات الجنائية المصري في فقرتها الأولى عندما قضت بأنه " يجب على مامور الضبط القضائي أن يسمع فورا أقوال المتهم المضبوط وإذا لم يأت بما يبرئه يرسله في مدى أربع وعشرين ساعة إلى النيابة العامة المختصة". فالمتهم مطالب بموجب هذا النص أن يدفع عن نفسه التهمة وان ياتي بما يدلل على صحة أقواله. أضف إلى ذلك النصوص السابق ذكرها والتي حملت المتهم عبء إثبات البراءة، فهي في ذات الوقت وبحكم اللزوم العقلي والمنطقي تحمله عبء إثبات أي دفع يتقدم به.

ففي حين يتخذ من القاعدة المدنية التي تقضي بأن المدعي عليه يصير مدعيا بالدفع سنداً له. نجده في أحيانا أخرى يأخذ بأصل البراءة كقاعدة تقتضي معاملة المتهم على انه بريء، وبالتالي لكي تثبت إدانته، ينبغي على الادعاء عبء إثبات توافر أركان الجريمة، مع إثبات عدم توافر سبب من أسباب الإباحة، أو موانع المسئولية أو انقضاء الدعوى.

وبنظرة سريعة إلى أحكام محكمة النقض الفرنسية، نجد أنها قد فرقت بين الدفوع التي تقدم بها المتهم.وذلك على النحو التالي :

- إذا دفع المتهم بتوافر سبب من أسباب الإباحة، فإن على المتهم فقط، أن يثير السبب دون أن يثبت صحته. وعلى القاضي التحقق مما يثيره المتهم من دفع[1].على أن الأمر مختلف فيما لو دفع المتهم بتوافر حالة من حالات الدفاع الشرعي، حيث طالبت المتهم بإثبات انه كان في حالة دفاع شرعي[2] ومعنى ذلك إهدار أصل البراءة والاعتماد على القاعدة المدنية. وهذا وضع منتقد - من وجهة نظري- لأنه يخالف أصل البراءة.

- وأما إذا دفع المتهم بتوفر سبب من أسباب انقضاء الدعوى الجنائية، كالتقادم prescription ، أو العفو Amnistié ، فإن على القضاء أن يتصدى لهذا الدفع ويتحمل الادعاء عبء إثباته،لأنه من الدفوع التي تتعلق بالنظام العام، لتعلقه بالركن الشرعي للجريمة. وبالتالي ينبغي أن يثيرها القاضي من تلقاء نفسه. وعلى النيابة العامة إثبات أن الدعوى لم تتقادم[3]. كما قضت، بأنه يتوجب على النيابة العامة إثبات أن النص الذي تم بمقتضاه مسائلة المتهم ما زال قائماً، أو انه لم يصدر عفو ينفي الركن الشرعي لها[4].

- وأما إذا دفع المتهم بوجود مانع من موانع العقاب، كالجنون، أو السكر غير الاختياري- مع أن القضاء متأثر بالرأي القائل، بأن ثمة قرينة على سلامة العقل

---

(1)انظر نقض، .Cass.Crim. 9 décembre 1964, Gaz. Pal. 1965. I.301

(2)Cass.Crim. 12 juin 1954, Gaz. Pal.1966, I .209

(3)Cass.Crim. 16 déce. 1964 J.C.P. II. 1965 p.14086. Cass.Crim. 28 Février 1990, B. N°99. et aussi 11mars 1991, B. N°117.

(4)Cass.Crim. 1er févr. 1956, Dr.pén. 1956, p. 266

وحرية الإرادة، مما يستتبع على المتهم إثبات العكس-، فإن المحكمة لم تتجاهل دفع المتهم، متى اثاره. وبالتالي، فإن القاضي ينتدب خبيراً، لكي يتحقق من صحة الدفع[1].

- واما ما يتعلق بدفع المتهم بتوافر حالة من حالات الإكراه، او القوة القاهرة او حتى حالة الضرورة، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية، بأنه " إذا كان الإكراه المعنوي من شأنه، ان يعفي من المسئولية الجنائية، فإن هذا الدفع يتحمله المتهم وحتى يقبل منه الدفع، ينبغي ان يستند إلى وقائع وظروف ثابتة بوضوح، ويترتب عنها انه كان من المستحيل عليه توقي هذا الخطر، دون ارتكاب الجريمة[2].

وفي مصر انتصرت المحكمة الدستورية العليا لأصل البراءة، حيث جعلت عبء إثبات أركان الجريمة، وعبء إثبات الدفوع يقع على عاتق الاتهام. وذلك عندما قضت بأنه " بالنسبة إلى جريمة إخلال المالك بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر دون مقتضى، والمنصوص عليها في المادة ٢/٢٣ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١[3]، هي جريمة لا يتم إثباتها، إلا بقيام سلطة الاتهام بالتدليل على توافر أركانها، وأن إخلال المؤجر بالالتزام بالتسليم، ليس ناشئاً عن سبب اجنبي لا يد له فيه[4].

ومن قبل ذلك، سلكت محكمة النقض المصرية مسلكاً يتفق مع حماية أصل البراءة،حيث الزمت الاتهام، والمحكمة عبء إثبات الدفوع. غير أنها ربطت بين عبء الإثبات في هذا الصدد، وبين نظرية الدفوع، إذ فرضت على المتهم إثارته للدفع

---

(1)Cass.Crim. 9 décembre 1964, Gaz. Pal. 1965. I.301

(2)Cass.Crim. 29 novembre 1972, B. N°370

(3)وقد نصت المادة ٢٣ "عقوبات مصري"بانه : " يعاقب بعقوبة جريمة النصب المنصوص عليها في قانون العقوبات المالك الذي يتقاضى باية صورة من الصور بذاته او بالوساطة أكثر من مقدم عن -ذات الوحدة أو يؤجرها لأكثر من مستاجر او يبيعها لغير من تعاقد معه على شرائها ويبطل كل تصرف بالبيع لاحق لهذا التاريخ ولو كان مسجلا.

ويعاقب بذات العقوبة المالك الذي يتخلف دون مقتض عن تسليم الوحدة في الموعد المحدد فضلا عن إلزامه بان يؤدى إلى الطرف الآخر مثلى مقدار المقدم وذلك دون إخلال بالتعاقد وبحق للمستاجر في استكمال الأعمال الناقصة وفقا لحكم الفقرة الأخيرة من المادة ١١ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٧ ، ويكون ممثل الشخص الاعتباري مسئولا عما يقع منه من مخالفات لأحكام هذه المادة .

(4)دستورية عليا في جلسة ٨ يوليه ٢٠٠٠ ، القضية رقم ٥٢ لسنة ٢٠٠٠ قضائية " دستورية " الجريدة الرسمية العدد رقم ٢٩ مكرراً في ٢٢ يوليه سنة ٢٠٠٠ .

وتمسكه به ابتداء[1]. واستثنت شرط إثارة الدفع ابتداء، متى كان متعلقاً بالنظام العام. ومن أمثلة الدفوع المتعلقة بالنظام العام التي أوردتها محكمة النقض، الدفع بانقضاء الدعوى الجنائية، حيث إنه من المقرر لدى المحكمة أن الدفع بانقضاء الدعوى الجنائية من الدفوع المتعلقة بالنظام العام. و يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض، ما دامت مدونات الحكم ترشح له[2].

وكذلك من المستقر عليه في قضاء محكمة النقض المصرية، أن من واجب المحكمة بحث كل دفع جوهري يتقدم به المتهم. ويعد الدفع جوهرياً، إذا كان ظاهر التعلق بموضوع الدعوى المنظور أمامها، بحيث لو صح لرتب عليه القانون أثراً قانونياً لصالح المتهم، سواء تعلق هذا الأثر بنفي وقوع الجريمة، أو بامتناع المسئولية، أو العقاب، أو بانقضاء الدعوى الجنائية[3]. فإذا تمسك المتهم بهذا الدفع، دون أن تبحثه المحكمة، وترد عليه، كان حكمها مشوباً بالقصور في التسبيب، فضلاً عن الإخلال بحق الدفاع. ووجه القصور في التسبيب، يرتكز على إخلال المحكمة في أداء واجبها نحو إثبات الإدانة[4].

---

(1) وقد قضت محكمة النقض بشأن الدفع بتوافر حالة الدفاع الشرعي، بأنه: " إذا كان ما أوردته المحكمة عن واقعة الدعوى مفيداً أن المتهمين لم يطعنا المجني عليه بالسكين إلا عقب إصابة أخيهما بإصابة خطيرة بالرأس، فذلك كان يقتضيها أن تبحث في قيام حالة الدفاع الشرعي التي ترشح لها واقعة الدعوى على هذه الصورة، فتثبت قيامها أو تنفيه و لو كان المتهمان لم يدفعا بذلك " انظر: نقض ٢ مايو ١٩٥٠ الطعن رقم ٦ لسنة ٢٠ ق ١، دائرة المعارف القانونية، ص ٥٧٤.

وقضت في حكم آخر لها بأنه: " إذا كان الطاعن لم يدفع أمام محكمة الموضوع بقيام حالة الدفاع الشرعي، و كان لا يوجد في الوقائع الثابتة بالحكم ما يفيد قيام هذه الحالة فلا يكون له أن يطعن على الحكم بمقولة إنه قد أغفل البحث في قيامها " نقض أول مايو ١٩٥٠، الطعن رقم ٢٩٠ سنة ٢٠ ق، دائرة المعارف القانونية ص ٥٤٣.

(2) نقض ٧ يونيه ١٩٧٩ الطعن رقم ١١١ لسنة ٤٩ ق ٣٠، دائرة المعارف القانونية، ص ٦٤٠.. نقض ٨ فبراير ١٩٧٩، الطعن رقم ١٦٩٧ لسنة ٤٨ ق ٣٠،، دائرة المعارف القانونية، ص ٢٣٦. نقض ١٥ ديسمبر ١٩٨٨، الطعن رقم ٥٢٦٠ لسنة ٥٧ ق، دائرة المعارف القانونية، ص ١٣٣١. نقض ٨ فبراير ١٩٧٩، الطعن رقم ١٦٩٧ لسنة ٤٨ ق ٣٠،، دائرة المعارف القانونية، ص ٢٣٦.

(3) انظر: نقض ١٦مارس١٩٧٠، مجموعة الأحكام س ٢١ رقم ١٦٧٠ ص ٣٧٣. نقض ١٢يونيه١٩٦٢ س١٣ رقم ١٣٦ ص ٥٣٩. ونقض ٢٣ فبراير سنة ١٩٧٦

(4) الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري"، مرجع سابق، ص ٣٠٢.

المطلب الثالث

موقف الفقه من مسالة إثبات وسائل دفع المسئولية الجنائية

ثار خلاف فقهي حول ما إذا كان المتهم هو الذي يتحمل إثبات الدفوع باعتباره مدعيا بها، عملا بالقاعدة المدنية التي تقضي، بأن المدعى عليه يصير مدعيا بالدفع Reus in excipiendo fit actor ، ام ان النيابة العامة ، هي التي يجب عليها إثباتها عملا بأصل البراءة ؟

ويمكن تقسيم هذا الخلاف إلى اتجاهين رئيسين: **الاتجاه الأول**: وهو القائل بأن المتهم يتحمل عبء إثبات الدفع ، تمشياً مع القاعدة المدنية والتجارية. **والاتجاه الثاني**: وهو الذي يحمل النيابة العامة عبء إثبات الدفوع، عملاً بأصل البراءة.

وسوف نعرض لهذين الاتجاهين على النحو التالي:

الاتجاه الأول: الرأي القائل بان عبء إثبات الدفوع يتحمله المتهم :

ذهب رأي في الفقه[1] إلى أن المتهم هو من يتحمل عبء إثبات الدفوع عملاً بالقاعدة التي تقضي بأن المدعى عليه يصير مدعياً بالدفع. وهي قاعدة عامة- وفقا لهذا الرأي- يتسع مجالها ليشمل كل فروع القانون. فالإثبات هو الإثبات مهما تغير محله[2]. ثم إن الأصل في كل إنسان انه مسئول عن افعاله، فإن نفى هذا الأصل وادّعى خلافه، فعليه ان يثبت صحة ما يدعيه[3]. فإذا قامت النيابة العامة بإثبات اركان الجريمة، وعناصرها، حسبما وردت في الأنموذج القانوني، تكون قد أدت

---

(1) من انصار هذا الاتجاه: الدكتور مامون سلامة : " الإجراءات الجنائية في التشريع المصري " ، دار النهضة العربية ، الجزء الثاني ، ١٩٩٦-١٩٩٧ ، ص ١٩٦.

Henri DONNEDIEU DE VABRES:" Traité de droit criminel et de législation pénale comparée", Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1947, XVII,N°1239,p.714.
Germain Sicard : la preuve en justice après la reforme judiciaire, édit. librairie du journal des notaires et des avocats, 1960, n° 584, p. 380.
Pierre BOUZAT, et Jean Pinatel: " Traité de droit pénal et de criminologie",3e éd., 3 volumes, Paris: Dalloz, 1975, p914.

(2) Henri DONNEDIEU DE VABRES :"Traité de droit criminel et de législation pénale comparée", Paris, op. cit. , n° 584, p. 380.

(3) الدكتور مامون سلامة : " الإجراءات الجنائية في التشريع للصري " ، المرجع السابق ، ص ١٩٦.
الدكتور محمود احمد طه : " عبء إثبات الأحوال الأصلح للمتهم " ، المرجع السابق ، ص٥٠.

دورها، فإذا ما دفع المتهم بأحد الدفوع، سواء كانت دفوعاً موضوعية، كالدفع بعدم حدوث الواقعة ، او عدم صحتها ، او كانت دفوعاً قانونية، كالدفع بقيام سبب من أسباب الإباحة، او مانع من موانع المسئولية ، او عذر من الأعذار المعفية او المخففة ، فإنه يتعين عليه- وفقاً لهذا الراي- إثبات ذلك، لأنه حينئذ يكون قد اصبح مدعياً ، وعليه وحده تبعة ما يدفع به"[1].

ويبرر بعض الفقه الذي يؤيد هذا المسلك، بأن أسباب الإعفاء من المسئولية لاتفترض. فمتى ثبت قيام المسئولية الجنائية في جانب المتهم، ودفع هذا الأخير بأحد الدفوع التي تنفي قيامها، او تخففها ، فعليه الإثبات[2] .

ويدعم بعض أصحاب هذا الاتجاه موقفهم[3] ، بما ذهب إليه جماعة من فقهاء الشريعة الإسلامية في كتبهم، من إلزام المتهم بعبء إثبات دفعه. ويستشهد هذا الراي بما يلي:

أولاً: ما جاء في المبسوط في شرحه لأقوال عمر بن الخطاب- رضي الله عنه- في كتاب السياسة، ما فحواه: " اجعل للمدعى امداً ينتهي إليه، فإن احضر بينة اخذ بحقه. وإلا ألزمته الكف عن اذى الناس، والخصومة من غير حجة".وبعد ما أقام البينة إذا ادعى الخصم الدفع، أمهله القاضي، ليأتي بدفعه، فإنه مأمور بالتسوية بينهما في عدله. وليكن إمهاله على وجه لا يضر بخصمه، فإن الاستعجال إضرار بمدعي الدفع وفي تطويل مدة إمهاله، إضرار بمن اثبت حقه، وخير الأمور اوسطها، فإن احضر بينته اخذ بحقه[4].

وثانياً: ما ذهب إليه ابن قدامة في كتابه المغني، حينما قال: " إذا قتل رجلاً

---

(1)الدكتور مامون سلامة: " المرجع السابق نفسه ، ص ١٩٦. الدكتور محمود احمد طه : " المرجع السابق نفسه ، ص٥٠.

Roger Merle, et André Vitu:" Traité de droit criminel - t. 1. Problèmes généraux de la science criminelle;et Droit pénal général, 7e éd., Cujas, 1997, p. 554.

(2) J.A.ROUX:"Cours de droit criminel français",deuxième édition, Revue et Augmentée, Paris: Recueil Sirey, 1927, 2 volumes; p.276. -Roger Merle, et André Vitu: Ibid. p.554.

(3) الدكتور محمود احمد طه : " عبء إثبات الأحوال الأصلح للمتهم " ، مرجع سابق ، ص ٤٨. وانظر في عرض ذلك: الدكتور السيد محمد حسن الشريف: " النظرة العامة للإثبات الجنائي "، مرجع سابق، ص ٦٠٧.

(4)المبسوط للسرخسي ، دار الكتب العلمية ١٩٩٣ . جـ٢٦، ص٥٨ .

وادعى انه وجده مع امراته، او انه قتله دفاعاً عن نفسه، او انه دخل منزله مكابرة على ماله، فلم يقدر على دفعه إلا بقتله، لم يقبل قوله، إلا ببينة، ولزمه القصاص"[1].

الاتجاه الثاني : الرأي القائل بان عبء إثبات الدفوع يقع على عاتق الادعاء :

ذهب انصار هذا الاتجاه[2] إلى استبعاد إعمال القاعدة التي تجعل المدعى عليه ملزماً بعبء إثبات دفعه في مجال الإثبات الجنائي، حيث إن الأصل في المتهم البراءة، وان إدانة المتهم تعني انهيار هذا الأصل. وإعمال أصل البراءة لا ينحصر فقط فيما يتعلق بعبء إثبات اركان الجريمة، بل يتعلق ايضاً بسائر اركانها، وغير ذلك من الأسباب التي تحول دون إدانة المتهم ومعاقبته.

ويؤكد هذا الاتجاه على ان الإدانة مع العقوبة، تتطلب توافر كلا الركنين المادي والمعنوي للجريمة، بالإضافة إلى عدم وجود سبب من أسباب الإباحة، او مانع من موانع المسئولية، او سبب من أسباب انقضاء الدعوى الجنائية . وبالتالي، فإن عبء إثبات الإدانة، ينبغي أن ينصرف إلى إثبات توافر هذين الركنين. وكذلك إثبات عدم توافر الأسباب التي تمنع المسئولية الجنائية، او على الأقل تخففها[3].

---

(1) المغني لابن قدامة، دار عالم الكتب -الرياض- الجزء التاسع ١٩٩٧ ، ص ٢٣٦

(2) من أنصار هذا الاتجاه : استاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور : " القانون الجنائي الدستوري "، مرجع سابق، ص٣٠٢. الدكتور محمد زكي ابو عامر: " الإثبات في المواد الجنائية"، مرجع سابق، ص ٨٩. الدكتور احمد إدريس احمد: " افتراض براءة المتهم"، مرجع سابق، ص ٨٧٧.الدكتور هلالي عبد اللاه احمد : " النظرية العامة للإثبات الجنائي ، مرجع سابق، ص ٧٨٧. الدكتور عمر الفاروق الحسيني : " مدى تعبير الحكم بالإدانة غير الصادر بالإجماع عن الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي" ، مرجع سابق ، ص٧٣. الدكتور عوض محمد عوض: " المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية "،مرجع سابق، ص٦٧٦. وهو يرى أن عبء الإثبات لا ينحصر فقط على النيابة أو المتهم وإنما أيضا على القاضي الجنائي دوراً إيجابيا يخوله ان يامر من تلقاء نفسه بتقديم اي دليل يراه لازما لظهور الحقيقة.الدكتور مفيدة سعد سويدان : " نظرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي، مرجع سابق، ص٣٥١. الدكتور محمود أحمد طه : " عبء إثبات الأحوال الأصلح للمتهم " ، مرجع سابق ، ص٥٠.
Georges VIDAL : "Cours de droit criminel et de science pénitentiaire (Droit pénal général – procédure pénale), Neuvième édition, refondue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence à partir de la 5e édition par Joseph Magnol,Paris: Librairie Arthur Rousseau,1947,XI,p 1035. Graven:"La protection des droits de l'accusé dans la procédure pénal en suisse, Rev. inter. dr. pén. 1966. p 267.
M.-J.Essaid:"La Présomption d'innocence,op.cit.N°262,p168.
Graven:"La protection des droits de l'accusé dans la procédure pénal en suisse, R.I.D.P.1966. p 267.

(3) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور : " القانون الجنائي الدستوري " ، مرجع سابق ، ص٣٠٢.

ويعلل بعض الفقه لتبرير مسلكهم بالقول: " إن إثبات انتفاء أسباب الإباحة هو إثبات لتوافر الركن الشرعي للجريمة، فيدخل في نطاق التزام الاتهام بإثبات توفر أركان الجريمة كافة.ويعلل كذلك، بأن الدور الإيجابي للقضاء الجنائي يفرض عليه أن يتحرى الحقيقة بنفسه. فإذا دفع المتهم بسبب من أسباب الإباحة، وجب على القاضي بمجرد الدفع، أن يتحرى صحته. وقد يكلف النيابة العامة، بأن تعاونه في ذلك، ولا يطلب القاضي من المتهم إثباتاً كاملاً لدفعه[1] . **وهذا الرأي يربط بين أصل البراءة، واحترام حقوق الدفاع، فالأصل في الأشياء الإباحة، وعلى النيابة تقديم الدليل على وقوع الجريمة، بكل أركانها ونسبتها إلى المتهم[2]** ".

وهناك من يأخذ بهذا الاتجاه، غير انه اشترط لذلك ، ان يكون المتهم، قد اثار الدفع ابتداء، سواء امام سلطة الادعاء ، أو امام المحكمة، إلا ما تعلق منها بالنظام العام[3] . فإذا لم يدفع به امامهما، فلا تقع على عاتق الاتهام، أو المحكمة إثبات الدفع . فهناك فرق -وفقاً لهذا الرأي- بين عبء الادعاء، وعبء الإثبات. فالأول: يقع على عاتق المتهم وهو عبء الادعاء. والثاني: يقع على عاتق الاتهام او المحكمة[4] ، وهو الاتجاه الذي ذهبت إليه محكمة النقض المصرية.

وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا ادعى شخص ما، امام القاضي، أنه قدم لديه مانع من موانع المسئولية، فإن هذا الادعاء لا يكفي لكي يحكم القاضي بمقتضاه ببراءة المتهم ، وفي ذات الوقت لا يجوز للمحكمة، أن تستند في إدانته إلى انه لم يقدم دليلاً عليه، لأن من واجبها التثبت من صحة هذا الادعاء من عدمه، دونما حاجة إلى أن يطالب الشخص بذلك، وإلا كان حكمها مشوبا بالقصور في التسبيب ، فضلا عن إخلاله بحق

---

(1) الدكتور يوسف محمود قاسم، " البراءة الأصلية.. "، مرجع سابق، ص٣٠.

(2) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري " ، مرجع سابق ، ص ٣٠٢ .

(3) إذا كان الدفع متعلق بالنظام العام، فإن سلطة الاتهام تتولى إثباتها كما تلتزم المحكمة بإثباتها دون حاجة إلى إثارة الدفع من جانب المتهم ولا يلزم المتهم حتى بإثارته. ومن تلك الدفوع: الدفع بانقضاء الدعوى الجنائية سواء بالتقادم او بالصلح او بالإبراء. انظر : . الدكتور هلالي عبد اللاه احمد : " النظرية العامة للإثبات الجنائي ، مرجع سابق، ص ٧٨٧ و٧٨٨.

(4) انظر في ذلك . الدكتور عبد الرءوف مهدي : " شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية "، مرجع سابق ، ص ١٢٥٦ . الدكتور هلالي عبد اللاه احمد : " النظرية العامة للإثبات الجنائي ، مرجع سابق، ص ٧٨٧ الدكتور عبد الحافظ عبد الهادي عامر : " الإثبات الجنائي بالقرائن ، ١٩٨٨ ، ص ٦٩.

Pierre BOUZAT et Jean Pinatel:"Traité de droit pénal et de criminologie", op.cit. p914.

الدفاع[1]. وهو ما يشكل إخلالاً بأصل البراءة.

والبعض الآخر، يبرر قوله، بتحمل النيابة عبء إثبات الدفع، لما تملكه من سلطات عديدة، فهي الأقدر على، أن تكشف للقاضي حقيقة هذه الدفوع التي يبديها المتهم، مقارنة بإمكانات المتهم التي قد تبدو ضعيفة، خصوصاً إذا كان المتهم محبوس مؤقتاً، ففي هذه الحالة من الصعب عليه، أن يثبت ما يدفع به[2].

رأي الباحث:

يظهر لنا مما سبق أن القائلين. بأن المتهم هو المكلف بإثبات ما يقدمه من دفوع في المجال الجنائي، هو قول محل نظر، وذلك لعدة اعتبارات نسوقها على النحو التالي :

أولاً : أن الأخذ بالقاعدة التي تقضي بأن المدعى عليه يصير مدعياً بالدفع على أساس أنها قاعدة عامة تسري على جميع فروع القانون ، ومن ثم ليس هناك ما يمنع من تطبيقها في المجال الجنائي، هو قول ناشئ - في تقديرنا- عن غياب النص القانوني الصريح، فيما يتعلق بعبء إثبات الدفوع في القضايا الجنائية، وبالتالي كان حلاً لمشكلة تحديد الطرف الذي يتحمل عبء إثبات الدفوع التي قد يثيرها المتهم.

ثانياً: القول بأن الأصل في كل إنسان أنه مسئول عن أفعاله ، فإذا قامت النيابة العامة بدورها في إثبات أركان الجريمة، وعناصرها، فقد أدت دورها، فإذا ما دفع المتهم بأحد الدفوع يتعين عليه إثبات ذلك لأنه يكون قد أصبح مدعياً وعليه وحده تبعة ما يدفع به. فإن هذا القول فيه تغول، فالنيابة العامة ليست هي طرف نزاع تقف في مواجهة المتهم تدعي حقاً شخصياً لها، وأنه لا هدف لها سوى إثبات الإدانة. فهذا إن كان سائداً في الأنظمة القديمة التي كانت تنظر للشخص المتهم على أنه مدان، فهو غير مقبول في النظام الجنائي المعاصر الذي يكفل حماية الحقوق والحريات بالتوازن مع حماية مصالح المجتمع والحفاظ على أمنه مقيمين من أصل البراءة مرتكزاً أساسياً لهذا التوازن. ولذلك، فإن دور النيابة العامة في الأنظمة الحديثة، هو السعي نحو كشف الحقيقة، فكما تهتم بكشف الجريمة والوصول إلى مرتكبها وجمع الأدلة،

---

(1) نقض ٥ مارس ١٩٧٢، مجموعة احكام النقض، س٢٤ ص ١٣٠ رقم ٣٠. ونقض ٢٦ مايو ١٩٨٠، مجموعة أحكام النقض، س٣١، ص ٦٧٠ رقم ١٢٧. نقض ١٣ مارس١٩٨٠، مجموعة أحكام النقض، س٣١، ص ٣٦٨ رقم ٦٨.

(2) انظر: الدكتور محمود احمد طه: " عبء إثبات الأحوال الأصلح للمتهم " ، مرجع سابق ، ص ٦٧.

فهي في ذات الوقت تبحث عن الأدلة التي تكون في صالح المتهم، وتؤدي إلى إعفاءه من العقاب، أو على الأقل تؤدي إلى التخفيف من العقاب.وإذا ما قدم المتهم دفعاً من الدفوع، فيجب عليها التحقق مما دفع به وعليها عبء إثبات الدفع[1].

ثالثاً: القول بأن أسباب الإعفاء من المسئولية لا تفترض، فمتى ثبت قيام المسئولية الجنائية في جانب المتهم ، ودفع هذا الأخير بأحد الدفوع التي تنفي قيامها، أو تخففها، فعليه الإثبات. فإنه قول قاصر عن حقيقة أساسية مفادها، أن البراءة في المتهم هي اصل، وليست قرينة، ولهذا يجب ان ينظر لشخص المتهم على أنه في الأصل بريء ، فإذا أثار الشك حول ما جمع حوله من دلائل، أو ادلة، بما يحقق له موقفاً افضل، فإن النيابة العامة، وكذلك قضاء الحكم ينبغي عليها التحقق مما اثاره المتهم من دفوع، بكل حيادية، إحقاقاً للحق وخدمة للعدالة.

رابعاً: بالنسبة لتدعيم بعض اصحاب هذا الاتجاه لموقفهم، بما ذهب إليه جماعة من فقهاء الشريعة الإسلامية في كتبهم من إلزام المتهم بعبء إثبات دفعه. فهذا القول ليس على إطلاقه. فهناك اتجاه آخر في الفقه الإسلامي يري قبول دفوع المتهم، دون تكليفه بعبء إثباته. ونستطيع أن نستخلص ذلك من خلال الأمثلة الآتية:

١- جاء في المغني لابن قدامة، أنه إذا اختلف القاذف والمقذوف. فقال القاذف: كنت صغيراً حين قذفتك، وقال المقذوف: كنت كبيراً، فذكر القاضي أن القول قول القاذف، **لأن الأصل الصغر وبراءة الذمة من الحد**[2].

٢- وجاء في الشرح الكبير، أنه إذا اختلف الجاني وولي الجناية، فقال الجاني كنت صبياً حال الجناية، وقال ولي الجناية كنت بالغاً، فالقول قول الجاني مع يمينه، إذ الأصل الصغر، وبراءة ذمته من القصاص[3].

---

(1) راجع : استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور، " القانون الجنائي الدستوري "، ط٤ ٢٠٠٦، مرجع سابق، ص ٣٠٠ وما بعدها.

(2) المغني لابن قدامة المقدسي،دار الفكر بيروت ١٤٠٥ هـ جـ ٩ ص٨٥.

(3) الشرح الكبير على مختصر الخليل لأبي البركات احمد الدردير، المطبعة الأميرية، ط٢ جـ٩ ص٢٥٠ و٢٥١ . اشار إليه و استدل به انصار الاتجاه الأول على انه دليل في تحمل المتهم عبء إثبات الدفع، غير أنه من وجهة نظرنا استدلال في غير موضوعه فهو يصب لصلحة الاتجاه الآخر إذ ينبغي أن يرعى في الإثبات أن الأصل براءة الذمة. انظر في ذلك : الدكتور محمود أحمد طه : " عبء إثبات الأحوال الأصلح للمتهم " ، مرجع سابق ، ص ٤٨.

٣- وجاء في كتاب الأم للإمام الشافعي: انه لو شهد الشهود على رجل، انه جنى على رجل جناية عمداً، سألتهم، اكان بالغا، او صغيرا؟ فإن لم يثبتوه بالغا، والمشهود عليه ينكر الجناية، او يقول كانت، وانا صغير، جعلتها جناية صغير، وجعلت ارشها في ماله ولم اقد منه[١].

كما قال: ولو أن رجلاً يجن ويفيق جنى على رجل، فقال: جنيت عليه في حال جنوني، كان القول قوله ولو شهد الشهود عليه بالجناية، ولم يثبتوا ،كان ذلك في حال جنونه او إفاقته كان هكذا، وإن اثبتوا انه كان في حال إفاقته فعليه القصاص.. ولو أثبتوا أن مجنونا جنى وهو سكران، وقالوا لا ندري ذهاب عقله من السكر، أو من العارض الذي به جعلت القول قوله[٢]

وكذلك قال: إذا جنى على بصر صبي، او معتوه، فقال: جنيت عليه وهو لا يبصر، فالقول قول الجاني مع يمينه، وعلى اوليائهما البينة، انه كان يبصر قبل ان يجني عليه. وكذلك، لو جاء رجل إلى رجل مسجى بثوب فقطعه باثنين، فقال قطعته، وهو ميت، او جاء قوما في بيت فهدمه عليهم، فقال: هدمته، وهم موتى. كان القول قول الجاني مع يمينه. وعلى أوليائهم البينة بأن الحياة كانت فيهم قبل الجناية[٣].

وإذا جنى الرجل على لسان الرجل فقال: جنيت عليه وهو ابكم، او يفصح ببعض الكلام، ولا يفصح ببعض، فالقول قوله، حتى يأتي المجني عليه، بما يثبت انه كان ينطق، فإذا جاء بذلك، لم يقبل قول الجاني إلا ببينة[٤].

- وجاء في كتاب قواعد الأحكام في مصالح الأنام، انه إذا ادعى البر التقي الصدوق الموثوق بعدالته وصدقه على الفاجر المعروف غصب الأموال..وأنكر المدعي عليه، فالقول قول المدعي عليه، مع ظهور صدق المدعي[٥]. فإن قيل كيف جعلتم القول

---

(١)كتاب الأم، محمد بن إدريس الشافعي ، مرجع سابق . جـ٦، ص ٥.

(٢) المرجع السابق نفسه . جـ٦، ص٥

(٣) المرجع السابق نفسه ، جـ٦ ص ٦٧و٦٨.

(٤) الإمام الشافعي ، المرجع ذاته ص ١٢٠.

(٥) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، للعز بن عبد السلام، دار الكتب العلمية بيروت جـ٢ ص ١٠٣ .

قول المدعى عليه مع أن كذب كل واحد منهما ممكن. قلنا: جعلنا القول قوله، لظهور صدقه، فإن الأصل براءة ذمته من الحقوق، وبراءة جسده من القصاص والحدود والتعزيرات وبراءته من الأقوال كلها والأفعال بأسرها[1].

ولكل ما سبق نرى أن حماية أصل البراءة تقضي بأن يبقى المتهم بارتكاب جريمة ما، مستصحباً براءته الأصلية، حتى يقوم الدليل المبني على الجزم واليقين، بما لا يدع مجال للشك المعقول على إدانته، وفقاً لمحاكمة قانونية تتوافر فيها ضمانات المحاكمة العادلة والمنصفة.

وتطبيقاً لذلك، فإن سلطة الاتهام ليس دورها فقط البحث عن أدلة الإدانة وإثبات أركان الجريمة فحسب، لأنها ليست خصما للمتهم، أو هكذا يجب ان لا تكون، وإنما واجبها هو كشف الحقيقة. ولذلك، فالأصل أن تتصدى من تلقاء نفسها - وكذلك القاضي عند إدارة المحاكمة- لكل ما من شأنه أن يظهر الحقيقة المجردة. فإذا ما دفع المتهم بأي دفع من شأنه أن يرفع عن كاهله المسئولية الجنائية أو يخففها، فعليها التأكد من ذلك وتحمل عبء إثباته.

ومن الموضوعية أن نقول: إن التطبيق الحرفي لأصل البراءة ، يجعل من اتخاذ الإجراءات الجنائية أمر في غاية الصعوبة، إن لم يكن مستحيلاً. ولذلك، فإن المضمون العملي لهذا الأصل، هو أن يتم احترامه، في إطار من التوازن بين الحقوق والحريات وبين مصلحة المجتمع. واضعين في الحسبان، أن كلاً من النيابة العامة، والمتهم ليسا على قدم المساواة في الدعوى الجنائية، فالنيابة العامة وسائلها عديدة. ولذلك يتعين أن يكون التزامها متوافقاً مع حجم وسائلها وصلاحياتها .

وتمشياً مع الواقع العملي لأصل البراءة، فإن التعاون يجب أن يسود بين المتهم من جهة، وسلطة الاتهام من جهة أخرى. فالمتهم له أن يتمسك بكل دفع يرى أن من مصلحته إثباته، على أن تتوفر فيه قدراً من الجدية، بما يجعل منه دفعاً مقبولاً أو معقولاً[2]، وعلى جهة القضاء التحقق من دفع المتهم، وبما يؤدي إلى إظهار الحقيقة.

---

(1) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام، المرجع السابق جـ2 ص36.

(2) أما الدفوع الجوهرية تتصدى لها جهة القضاء من تلقاء نفسها دونما حاجة لإثارتها من قبل المتهم لتعلقها بالنظام العام كما بينا سابقاً.

وهذا التعاون ليس إجباري على المتهم، ولكن من الناحية العملية يقتضي تعاونه في مجال الإثبات بما يحقق مصلحته.

وخلاصة القول فإن أصل البراءة يفرض على سلطة الاتهام والمحكمة عبء الإثبات كاملاً، بما في ذلك عبء إثبات الدفع. فهي ليست خصماً للمتهم، بل مهمتها تحقيق التوازن بين حماية الحقوق والحريات وبين المصلحة العامة، فكما تحرص على إدانة المذنبين هي في ذات الوقت تحرص على تبرئة البريئين. وفي ظل هذا التوازن ينبغي أن يكون ماثلا لدى القضاء القاعدة التي أقامها سيد الخلق محمد صلى الله عليه وسلم وهي : " إن الإمام إن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة. وهي القاعدة التي سنناقشها في دراستنا اللاحقة.

الفصل الثاني

اليقين القضائي كأساس لهدم أصل البراءة

تمهيد وتقسيم:

تناولنا في الفصل السابق من هذا الباب أن من مقتضيات الحماية الجنائية لأصل البراءة في مجال الإثبات الجنائي، أن تتحمل سلطة الادعاء عبء إثبات الاتهام والأركان المكونة للجريمة، وعبء إثبات عدم توافر أسباب الإباحة، أو موانع المسئولية أو العقاب. وفي هذا الفصل سوف تنصب دراستنا على ما يقتضيه هدم هذا الأصل من ضرورة أن يكون الحكم الجنائي الصادر بالإدانة قد جاء نتيجة اقتناع تام، تولد لدى القاضي، بحيث وصل إلى درجة الجزم واليقين، وبما لا يدع مجال معقول للشك. والقول بغير ذلك، معناه إهدار أصل البراءة. وبالتالي يشكل إهداراً للشرعية الجنائية الإجرائية. التي ترتكز على أن الأصل في المتهم البراءة، حتى يصدر حكم بات بالإدانة يكون عنواناً للحقيقة.

و سوف نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي :

المبحث الأول :- ماهية اليقين القضائي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي.

المبحث الثاني :- ضمانات اليقين القضائي كأساس لهدم أصل البراءة

المبحث الثالث : مدى تطلب الإجماع القضائي لهدم أصل البراءة.

۞۞۞

المبحث الأول

ماهية اليقين القضائي

تمهيد وتقسيم:

لما كان اليقين القضائي الذي يصل إليه القاضي الجنائي هو وحده عنوان الحقيقة التي تتولى هدم أصل البراءة، فإن أول ما يلزم بيانه مدلول اليقين القضائي وأساسه وشروطه، وهذا ما سنتصدى له في المطلب الأول. وفي المطلب الثاني سنتصدى لوسائل تكونه.

المطلب الأول

تعريف اليقين القضائي

أولا : تعريف اليقين القضائي:

اليقين في اللغة: هو العلم، وإزاحة الشك، وتحقيق الأمر[1]. يُقال منه: يَقِنْتُ الأمر، وأيقَنْتُ، واستيقَنْتُ، و تيَقَّنْتُ. كله بمعنى، وأنا على يقينٍ منه[2]. واليَقِين نقيض الشك، والعلم نقيضُ الجهل، تقول علِمْتُه يَقِيناً. وفي التنزيل العزيز: ﴿ وإِنَّهُ لَحَقُّ اليَقِينِ﴾، أضاف الحق إلى اليقين. وليس هو من إضافة الشيء إلى نفسه،لأن الحق هو غير اليقين، إنما هو جرى مجرى إضافة البعض إلى الكل[3]. وربما عبّروا عن الظن باليقين، وعن اليقين بالظن[4].﴿وَرَأَى المجرمون النار فَظَنُّوا أَنَّهُمْ مُوَاقِعُوهَا﴾ اي تيقنوا من وقوعها.

ثانياً : اليقين عند فقهاء الشريعة الإسلامية :

اسهب فقهاء الشريعة الإسلامية في تعبيرهم عن اليقين، فقالوا[5]: إن النفس إذا اذعنت للتصديق بقضية من القضايا وسكنت إليها، فلها ثلاثة أحوال:

---

(1) لسان العرب، لابن منظور، جـ١٣ ص ٤٥٧ .

(2) مختار الصحاح، لزين الدين الرازي، جـ١ ص ٣١٠ .

(3) لسان العرب جـ١٣ ص ٤٥٧ .

(4) مختار الصحاح جـ١ ص ٣١٠ .

(5) اصول السرخسي، لشمس الدين السرخسي، مرجع سابق، جـ١ ص ٣٦. المستصفى لأبي حامد الغزالي، مرجع سابق، جـ١ ، ص٧٩ وما بعدها.

الحالة الأولى من اليقين: أن يتيقن ويقطع به، وينضاف إليه قطع ثانٍ ، وهو أن يقطع بأنّ قطعها بهِ صحيح، ويتيقن بأنّ يقينها (أي يقين النفس في قضية من القضايا) فيه، لا يمكن أن يكون بهِ سهوٌ ولا غلطٌ ولا التباسٌ. فلا يجوز الغلط في يقينها الأوّل ولا في يقينها الثاني. ويكونُ صحةُ يقينها الثاني كصحةِ يقينها الأوّل ، بل تكونُ مُطمئنةً آمنةً من الخطأ . بل لو حُكي لها عما يناقضها فلا تتوقفُ في تكذيب الناقل بل تقطعُ بأنّهُ كاذبٌ. ويضرب لهذه الحالة مثال من قال: إن الثلاثة أقلُّ من الستّةِ، وشخصٌ واحدٌ لا يكونُ في مكانين. والشيءُ الواحدُ لا يكون قديمًا حديثًا. موجودًا معدومًا. ساكنًا متحرّكًا في حالةٍ واحدةٍ.

وهذا اليقين هو اليقين القاطع. وهو أعلى مراتب اليقين.

الحالة الثانية من اليقين: أن تصدق النفس بالقضية المعروضة تصديقاً جزماً لا تتمارى فيه، ولا تشعر بنقيضها البتة. ولوْ أشعرتْ بنقيضها تعسّر إذعانها للإصغاء إليهِ. ولكنّها لوْ ثبتتْ وأصغتْ وحُكي لها نقيضُ مُعتقدها عمّنْ هُو أعلمُ الناسِ عندها كنبيٍّ أوْ صدّيقٍ، أورثَ ذلكَ فيها توقّفًا.

وهذا اليقين، هو يقين جازم غير أنه من المحتمل إثبات نقيضه إذا توافر دليل قاطع لا يحتمل اللبس. وإذا توفر هذا الدليل القاطع وجب أن تذعن النفس له.

وغالبية الفقهاء لا يفرقون بين الحالتين السابقتين من حيث درجة اليقين

الحالة الثالثة من اليقين: أن يكون لها (أي للنفس)في سكونها إلى الشيء والتصديق به. وهي تشعر بنقيضه، أو لا تشعر، لكن لو أشعرت به، لم ينفر طبعها عن قبوله، وهذا يسمى ظناً، وله درجات في الميل إلى الزيادة، والنقصان لا تحصى. فمن سمع من عدلٍ شيئاً سكنت إليه نفسه، فإن انضاف إليه ثانٍ زاد السكون، وإن انضاف إليه ثالث زاد السكون والقوة، فإن انضافت إليه تجربة لصدقهم على الخصوص زادت القوة، فإن انضافت إليه قرينة:كما إذا أخبروا عن أمر مخوف وقد اصفرت وجوههم واضطربت أحوالهم زاد الظن، وهكذا لا يزال الظن يترقى قليلاً قليلاً، إلى أن ينقلب الظن علماً يقيناً عند الانتهاء إلى حد التواتر[1].

واليقين في هذه الحالة لا تصل إليه النفس من أول وهلة، ولكنه كان في البداية

---

(1) أصول السرخسي ، لشمس الدين السرخسي، مرجع سابق ، جا ص ٣٢ .

ظناً تعزز بالشواهد والأدلة وارتقى من مجرد ظن حتى وصل بصاحبه إلى حد اليقين. وهذه هي حالة اليقين النسبي.

وواضح من تلك الحالات، أن اليقين إما أن يكون يقيناً قاطعاً، أو مطلقاً، كما هو في الحالتين الأولى والثانية. وقد يكون يقيناً نسبياً، كما هو في الحالة الثالثة. وهذه **الحالة الأخيرة هي الحد الأدنى لليقين الذي يمكن أن يعتمد عليه القاضي الجنائي في تقرير الإدانة.**

ومن ذلك يمكننا، أن نعرف اليقين بأنه: ذلك القدر من الاقتناع الذي يترسخ في الوجدان من خلال الوقائع والمعطيات بما يؤدي معه إلى استبعاد كل شك. وهذا هو تعريف اليقين conviction بشكل مجرد .

ثالثاً : مفهوم اليقين القضائي وسنده :

اليقين القضائي conviction juridictionne ، هو ذلك القدر من الاقتناع[1] الذي يترسخ في وجدان القاضي، من خلال الأدلة التي تحمل في ذاتها معالم قوتها في الإقناع. وبما يؤدي معها إلى اقتناع الجميع بها، وفقاً لمقتضيات العقل والمنطق[2] .

وقد قيل في هذا الصدد. أن اليقين القضائي، هو أعلى مرحلة ذهنية وعقلية يصل إليها القاضي عند حكمه بالإدانة[3] .

وقد جاء في بعض كتب الفقه الإسلامي، أن أبا موسى الأشعري قال: لا ينبغي لقاض أن يقضي، حتى يتبين له الحق كما يتبين له الليل عن النهار، فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فقال: صدق[4] . وهذا هو أعلى مراتب اليقين القضائي.

ولا ريب أن وصول القاضي إلى اليقين القضائي للحكم بإدانة المتهم، هو أهم ما يرتكز عليه نظام الإثبات الجنائي، فإذا لم يصل إلى هذا اليقين تعين عليه أن يحكم

---

(1) أثير التساؤل حول الفرق بين اليقين والاقتناع وما إذ كان اليقين يشكل حالة ذهنية تختلف عن الاقتناع أم لا؟

والواقع أن اليقين إنما يبنى على العقل والمنطق فهو حالة ذهنية تشكل درجة عالية من الاقتناع، والمفروض أن يصل اقتناع القاضي إلى هذه الدرجة العالية من اليقين حتى يقرر الإدانة.

انظر : الدكتور أحمد إدريس أحمد: " افتراض براءة المتهم "، مرجع سابق، ص ٩٢٩.

(2) انظر: الدكتورة إيمان محمد علي الجابري: " يقين القاضي الجنائي " رسالة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٢ ، ص ١٠٨ .

(3) انظر: الدكتور إيمان محمد علي الجابري : " يقين القاضي الجنائي " المرجع السابق، ص ١٠٩ .

(4) الإحكام لابن حزم ، مرجع سابق، جـ ٢، ص ١٩٥.

بالبراءة، إذ لا يمكن دحض اصل البراءة إلا عندما يصل اقتناع القاضي إلى حد الجزم واليقين[1]. **ولهذا فقد صح القول بان اليقين القضائي للحكم بالإدانة مستمد اساساً من اصل البراءة ذاته**[2].

وفي هذا الصدد، نصت المادة ٣٠٤ إجراءات جنائية مصري، على انه " إذا كانت الواقعة غير ثابتة... تحكم المحكمة ببراءة المتهم.. ". وهو ذات النص الذي جاء في المادة ٣٧٦ من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، حيث نصت على أنه" .. إذا استبان لها - اي المحكمة- أن الواقعة غير ثابتة... تحكم المحكمة ببراءة المتهم.. ". وهو عين ما قضت به المادة ٤٥٥ من قانون الإجراءات الفرنسية حيث اشترطت على المحكمة أن تصل إلى درجة اليقين حتى تصدر حكم بالإدانة.

وقد ذهب العلماء الأوائل من فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أن" براءة الذمة يقين، باعتبار الأصل، فلا يزول للتيقن بالشك، وهذا، لأن اليقين كان معلوماً في نفسه، ومع الشك لا يثبت للعلم، فلا يجوز ترك العمل بالعلم لأجل ما ليس بعلم[3].

وقال بعض الفقهاء أيضاً: بأن الأصل بقاء البراءة مغالباً على الظن، ويقين البراءة الأصلية قد ارتفع بالوجوب، فلا يعود بالشك. وكل ما صح بيقين، فلا يبطل بالشك فيه. و برهان ذلك قول الله تعالى: ﴿ إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا ﴾[4] وقول رسول الله ﷺ: « فَإِنَّ الظَّنَّ أَكْذَبُ الحَدِيثِ». والشك والظن شيء واحد، لأن كليهما امتناع من اليقين، وان كان الظن اميل إلى احد الوجهين، إلا انه ليس يقيناً، وما لم يكن يقينا فهو شك. ولا يحل القطع به[5]. فالدليل المنتج لا ينصاغ إلا من مقدمات يقينية[6].

وقد قضت محكمة النقض المصري، بأن الأحكام الصادرة بالإدانة، يجب أن تبنى

---

(1) الدكتور هلالي عبد الإلاه أحمد : " النظرية العامة للإثبات الجنائي" ، مرجع سابق ، ص٤٠٦.

(2) الدكتور عبد الرءوف مهدي، " شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية "، مرجع سابق ، بند ٨٥٩ص١٢٤٩

(3) اصول السرخسي ، مرجع سابق ، جـ٢ ، ص ٨٦ .

(4) سورة يونس : الآية ٣٦.

(5) النبذ في الأصول ،لابن حزم الظاهري، دار الكتب العلمية، جـ١ ص٧١ . الإحكام في اصول الأحكام لابن حزم،جا ص ٥٢.الفقيه والتفقه، الخطيب البغدادي، دار الكتب العلمية ١٩٩٦ ، ص٢٥٨. أصول السرخسي، جا ص٣١ .

(6) المستصفى لأبي حامد الغزالي، جا ، ص٧٩ وما بعدها

على حجج قطعية الثبوت وتفيد الجزم واليقين[1].

واستقر لدى قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر ، على أن معيار الجزم واليقين يتمتع بالقيمة الدستورية ، واسست ذلك على انه قد غدا دحض اصل البراءة ممتنعا بغير الأدلة التي تبلغ قوتها الإقناعية - في مجال ثبوت التهمة - مبلغ الجزم واليقين، بما لا يدع مجالاً معقولاً لشبهة انتفائها ، وبشرط ان تكون دلالتها قد استقرت حقيقتها بحكم استنفد طرق الطعن وصار باتاً[2].

وفي هذا الصدد، صح قول بعض الفقه، أن القيمة الدستورية لليقين القضائي هي نتيجة منطقية للقيمة الدستورية لأصل البراءة، ومن ثم، فإن الأمر يتعدى مجرد بطلان الحكم بالإدانة الذي يبنى قضاؤه على الترجيح والاحتمال، إلى تقدير عدم دستورية النصوص التشريعية التي تسمح بالحكم بالإدانة بناء على الاشتهار بارتكاب الجرائم[3]. وهو ما حدا بالمحكمة الدستورية العليا في مصر بالحكم بعدم دستورية نص المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ بشأن التشرد والاشتباه[4].

ومجمل القول:إن اليقين القضائي، هو الأساس المستوجب للإدانة. ولذلك إذا بني الحكم على المتهم بالإدانة على شك، او على الترجيح والاحتمال، ففي ذلك تناقض مع اصل من اصول التشريع الإسلامي القائم على اساس ان الأصل براءة الذمة، وهو يقين، كما يتناقض مع الأصل الدستوري (المتمثل في ان الأصل في المتهم البراءة) وهو يقين لا ينقضه إلا يقين مثله.

رابعاً : اليقين القضائي في النظام الإنجلوأمريكي:

لا تعرف القوانين الإنجلوأمريكية تعبير اليقين القضائي، وإنما تستخدم تعبيراً بديلاً يطلق عليه " إثبات الإدانة وراء أي شك معقول" أو الإثبات بما يفوق الشك

(1) نقض ٢ ديسمبر ١٩٧٢ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٢٤ رقم ٢٢٨ ص ١١١٢ .

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا: جلسة ٢ يناير سنة ١٩٩٣ ، في القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية " دستورية " ، الجريدة الرسمية ،العدد الثاني في ١٤ يناير ١٩٩٣. جلسة ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥، القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية دستورية، نشر بالجريدة الرسمية العدد رقم ٢٣ بتاريخ ١٩٩٥/٦/٨. وجلسة ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥، القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية، الجريدة الرسمية العدد رقم ٥١ بتاريخ ١٩٩٥/١٢/٢١.

(3) استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور : " القانون الجنائي الدستوري "، مرجع سابق، ص ٣٦٨.

(4) حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ٢ يناير سنة ١٩٩٣ ، في القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية " دستورية " ، الجريدة الرسمية ،العدد الثاني في ١٤ يناير ١٩٩٣.

المعقول[1] "Proof beyond a reasonable doub" "وقد فسر القاضي "Denning"اصطلاح الإثبات وراء اي شك معقول بأنه اليقين اللازم لإدانة المتهم في الدعوى الجنائية، واضاف بأن اليقين القضائي ليس يقيناً بالمعنى الفني للكلمة ، وإنما يحمل على درجة عالية من الاحتمالية، الذي يجب ان يقبل في ايّ محاكمة.ويفرق بين اليقين في الدعوى الجنائية واليقين في الدعوى المدنية ، فيرى ان اليقين في الأولى يجب ان يكون على درجة عالية من الاحتمالية بحيث يكون الدليل المقدم في الدعوى الجنائية يحمل في ذاته قوة اقناعية للقاضي بدرجة عالية من الاحتمال . بعكس اليقين في الدعوى المدنية، فلا تحتاج لنفس المستوى من القوة الإقناعية ويكفي فيها الاحتمال الراجح[2] .

ووضع القاضي Weinstein في الولايات المتحدة الأمريكية معيار النسَبة المئويةِ لتوضيح درجة الإثبات وراء اي شك معقول، حيث افترض أن نسبة الدليل المقنع لا يقل عن ٨٠ ٪، اما الدليل بدون اي شكّ معقول فتصل نسبة الحقيقة فيه إلى ٩٥ ٪[3] .

خامساً : العلاقة بين اليقين القضائي واليقين القانوني الجنائي :

إذا كان الحكم بالإدانة يتطلب بنائه على الجزم واليقين لا على الترجيح والظن، فإن هذا اليقين ينبغي أن يسبقه يقين آخر، وهو اليقين القانوني الجنائي. ويقصد بهذا الأخير معرفة المخاطبين بالقانون سلفاً بالأوامر والنواهي، التي ينص

---

(1) وقد واجهت قاعدة الشك المعقول انتقاداً من بعض الفقه الانجليزي، حيث اعتبرها البعض أنها قاعدة مبهمة وغير موثوق بها. وبالتالي يصعب تطبيقها لأنه لا يمكن لأحد ان يطبق قاعدة لا يفهمها، ولذلك فإن اعتبارات الملاءمة والوضوح والثقة تقتضي الأخذ بمعيار أدنى هو رجحان البينة المأخوذ به في القانون المدني.كما انتقد بعض الفقه هذه القاعدة - وهو ذات الانتقاد الذي وجه لأصل البراءة- حيث اعتبروا أن المنتفع من هذه القاعدة هم المجرمون الذين لا يستحقون اي عطف او رحمة. وبالتالي فإن قاعدة الشك المعقول هي معوق خطير يقف كالأسد في طريق مطاردة المجرمين وإذا كانت هذه القاعدة قد ظهرت كرد فعل لقسوة القانون في العهد البربري حيث كانت توقع أشد العقوبات على ابسط الجرائم دونما رحمة.انظر: الدكتور احمد إدريس احمد: " افتراض براءة المتهم "، مرجع سابق ص٩٤٠ و٩٤١ والمراجع المشار إليها في الهامش رقم ١او ٢. وانظر:

John R. Spencer :"La preuve en procédure pénale, droit anglais", R.I.D.P. 1992, p.102.

(2) انظر: الدكتور رمزي رياض عوض:" الرقابة على التطبيق القضائي..."، مرجع سابق ، ص٩٩ والمرجع المشار إليه في الهامش ٢.

(3)Judge Weinstein, in United States v. Fatico. See, , e.g., Santosky v. Kramer, 455 U.S. 745 (1982) (child custody); Addington v.Texas,441 U.S. 418 (1979) (commitment to a mental institution); see also MCCORMICK, supra notem17,§ 340.

عليها، والجزاءات التي قد يتعرضون لها عند مخالفتها. ويعد اليقين القانوني الجنائي الركيزة الثانية في الشرعية الجنائية[1].

وحتى يتحقق اليقين القانوني الجنائي، فإنه يتطلب في النصوص الجنائية، ان تكون مكتوبة، وواضحة ومحددة، وأن تكون النصوص المؤثمة بصورة يقينية لا التباس فيها ولا غموض. وأن يتم تفسيرها تفسيراً دقيقا يتفق مع مقاصد المشرع. وعند الشك في إرادة المشرع، ينبغي أن يفسر لمصلحة المتهم، اما إذا كان النص غامضاً يفتقر إلى التحديد، فيصبح غير صالح للتجريم والعقاب في شقه الجنائي. وغير صالح للمساس بالحرية الشخصية في شقه الإجرائي، وإذا تعذر تحديد أحد نصوص التجريم تعين تبرئة المتهم؛ عملاً بأن الأصل في الأشياء الإباحة. وإذا تعذر تحديد أحد الظروف المشددة، تعين إهدار الظرف المشدد، لتعذر تحديده. وكذلك الحال لو تعلق الغموض بقيد إجرائي ضد المتهم، تعين إسقاطه وعدم اشتراطه. بينما إذا تعلق الغموض بضمان إجرائي لصالح المتهم، فإن القاضي يفسر إرادة المشرع في الجانب الذي يتفق مع اصل البراءة[2].

وفي هذا الصدد، قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر، بأن " من القواعد المبدئية التي يتطلبها الدستور في القوانين الجزائية أن تكون درجة اليقين التي تنتظم احكامها في اعلى مستوياتها، واظهر في هذه القوانين منها في أية تشريعات أخرى ؛ ذلك أن القوانين الجزائية تفرض على الحرية الشخصية أخطر القيود وأبلغها أثراً، ويتعين بالتالي - ضماناً لهذه الحرية - أن تكون الأفعال التي تؤثمها هذه القوانين محددة بصورة قاطعة بما يحول دون التباسها بغيرها، وأن تكون تلك القوانين جلية واضحة في بيان الحدود الضيقة لنواهيها ذلك أن التجهيل بها او انبهامها في بعض جوانبها لا يجعل المخاطبين بها على بينة من حقيقة الأفعال التي يتعين عليهم تجنبها..." [3].

ومما يتطلبه اليقين القانوني الجنائي أيضاً، ألا تطبق النصوص على افعال لم تكن حين إتيانها تشكل ذنباً مؤاخذا عليه بها. ومع ذلك إذا كانت النصوص

---

(1) اما الركيزة الأولى فتتمثل في إنفراد التشريع بالنص على القواعد الجنائية. انظر تفصيلا: أستاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري "، مرجع سابق، ص ٨٢ وما بعدها.

(2) استاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور: المرجع السابق نفسه، ص ٨٩ وما بعدها.

(3) انظر : حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ٥ مايو سنة ٢٠٠١ ، في القضية رقم ٢٥ لسنة ٢٢ قضائية " دستورية "، مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء التاسع، ص ٩٩٢. وانظر تفصيلا: الدكتور احمد فتحي سرور: " المرجع السابق نفسه، ص ١١٧.

القانونية التي صدرت لاحقاً اكثر يسراً وتخفيفاً بما يجعلها اصلح للمتهم، فإن القاعدة هنا تقتضي تطبيق القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعي، وهي قاعدة تشكل امتداداً لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات، حسب ما ذهبت إلى ذلك المحكمة الدستورية العليا في مصر[1].

وهذا اليقين القانوني الجنائي لا بد أن يكمله اليقين القضائي عند تطبيق هذه النصوص على المتهم المراد الحكم بإدانته.

المطلب الثاني

عناصر اليقين القضائي

التساؤل المثار في هذا الصدد، هو عن كيفية تحقق اليقين القضائي في القاضي الجنائي.

و الإجابة عن ذلك، أن يقين القاضي الجنائي يقوم على عدة أمور، يمكن اعتبارها عناصره الجوهرية، ونلخصها في عنصرين، أحدهما شخصي، والآخر موضوعي. وذلك على النحو التالي:

أولاً : العنصر الشخصي لليقين القضائي :

يكمن العنصر الشخصي لليقين القضائي، في الارتياح الداخلي الذي يصاحب ضمير القاضي عند الحكم. ولذلك قيل بأن القاضي الجنائي يعتمد في قضائه على صوت ضميره، ويلبي نداء إحساسه، وشعوره، وتقديره لأدلة الدعوى[2].

وقد كان نظام المحلفين قديماً[3]، يكتفي بالعنصر الشخصي لقيام اليقين

([1])انظر: حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ٢٢ فبراير سنة ١٩٩٧ ، في القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية " دستورية " ، الجريدة الرسمية العدد ١٠ في ٦ مارس ١٩٩٧. وانظر تفصيلاً: الدكتور احمد فتحي سرور، المرجع السابق نفسه.

([2]) وهذا اليقين هو وليد تقييم ذاتي من طرف قاضي الموضوع ينصب على تلك الأدلة وينتج ذلك من قدرات القاضي الذهنية السابقة وتجاربه وخبراته.انظر: أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري"، مرجع سابق، ص ٣١٧. وانظر :

Marian Cieslak :" Le Régime des droit de l'inculpé dans le procès pénal de la république populaire de prolonge, R.I.D.P.1966 N°1, p.226

([3])من غير المعروف في أي وقت تطور نظام هيئة المحلفين، فقبل غزو النورمانديين لإنكلترا، كان القانون السكسوني يستلزم أن يأتي الاتهام من شخص محدد ومعروف يقوم بمواجهة المتهم علناً، وكانت الإجراءات مفتوحة كما أن حضور أفراد المجتمع لها كان يضمن الإنصاف. وقد أدخل الغزو -

القضائي، حيث كانوا يحكمون بحسب ما تمليه ضمائرهم وشعورهم، دون إبداء الأسباب، ودون مطالبتهم بالتدليل على صحة ما اقتنعوا به، وهم يختصون وحدهم دون القضاة بهذه الحرية المطلقة في إبداء الراي. ولعل السبب في ذلك يرجع إلى ان هؤلاء المحلفين هم من الأفراد الذين يتم اختيارهم، وليسوا من ذوي الاختصاصات القانونية[1]. وكان المحلفون يبررون اكتفاءهم بالعنصر الشخصي لقيام اليقين القضائي، حين يفصلون في أمر المتهم بالإدانة أو البراءة، بأن كلمتهم تلك، إنما هي الهام، وتعبير عن كلمة الله[2].

واما في الوقت الراهن- وإن كان المحلفون يحكمون وفقاً لما تمليه ضمائرهم- فإنهم مطالبون بفحص الأدلة، ومراعاة أصل البراءة في المتهم قبل اتخاذهم قراراً بالإدانة. ويكشف عن ذلك نص المشرع الفرنسي في المادة ٣٠٤ من قانون الإجراءات الجنائية والمعدلة بموجب قانون تدعيم "قرينة البراءة" الصادر في ١٥ يونيه ٢٠٠٠ حيث نصت بأنه "يجب على رئيس المحكمة، أن يوجه المحلفين بعد وقوفهم بشكل مكشوف للحضور قائلا لهم : "**تقسمُ وتعدُ بفَحص الأدلة التي بين يديك ضد.. " س من الناس " ، بكل دقة وامانة دون الإضرار بمصالح المُتهمين، او بمصالح المجتمع او بمصالح المجني عليه ، والا تتصلُ مَع الشخص حتى بعد إعلانكَ القرار، والا يدفعك الحقدَ، أو سوء النية ، او الخوفُ ، أو المودةُ إلى الإضرار، وعليك ان تتذكر بانَ المُتهمينَ يفترض براءاتهم، وبانَ الشكوكَ يَجبُ أنْ يَستفيدَ منها المتهمين، وعليك ان تقضي بحسب ادلة الإثبات ووسائلَ الدفاع وفقاً لما يمليه عليك ضميركَ ويقينك العميق**

- النورماندي مبدأ هيئة المحلفين الكبرى المشتقة من المؤسسة النورماندية المسماة" هيئة تحقيق مختارة تحت القسم" حيث يقوم ١٢ فارساً مختاراً للخدمة "كهيئة تحقيق"، بالتحقيق علناً في قضايا مختلفة كانت تهم حكام إنكلترا آنذاك.راجع : جون آدامز، حول قانون الطابع ١٧٦٥ م. منشور على موقع حقوق الأفراد، تحت عنوان " الحرية الفردية ووثيقة الحقوق " التي تصدره وزارة الخارجية الأمريكية باللغة الانجليزية http://usinfo.state.gov/ar/Archive/2004/Jul/14-404144.html

(1) وقد قال احد المستشارين في فرنسا ان أحد المحلفين الذين يجلسون معه في المحكمة يعمل صانع احذية. اما في الوقت الراهن فهم، اي المحلفون مطالبون بكشف الحقيقة لا عن طريق الهام الهي، وإنما عن طريق العقل والمنطق.انظر في ذلك :

Louis Zoillnger :" L'intime conviction du jugt , déviance cahiers de l'institut de criminologie de Paris" , 1976 , N°34, p33 et s.

و انظر الدكتور عبد الرءوف مهدي: "حدود حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته " مرجع سابق، ص ٣٨. والنفس المؤلف : " شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية " ، مرجع سابق، ص١٢٥١.

(2) انظر الدكتور عبد الرءوف مهدي: "حدود حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته " مرجع سابق، ص٣٩.

او الاقتناعك الراسخ، في تجرد ونزاهة مع الحزم الذي يتصف به الإنسان الحر المستقيم."[1].

وقد عبر قانون الإجراءات الجنائية المصري عن هذا الشق من اليقين القضائي في الفقرة الأولى من المادة ٣٠٢ منه ، حيث نصت على أنه:" يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته.. "[2] .وهو ذات النص الذي تبناه

([1])Article 304 : C.P.P., (Loi n° 72-1226 du 29 décembre 1972 art. 5 Journal Officiel du 30 décembre 1972 en vigueur le 1er janvier 1973) (Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 40 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001)

Le président adresse aux jurés, debout et découverts, le discours suivant : "Vous jurez et promettez d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse les charges qui seront portées contre X , de ne trahir ni les intérêts de l'accusé, ni ceux de la société qui l'accuse, ni ceux de la victime ; de ne communiquer avec personne jusqu'après votre déclaration ; de n'écouter ni la haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l'affection ; de vous rappeler que l'accusé est présumé innocent et que le doute doit lui profiter ; de vous décider d'après les charges et les moyens de défense, suivant votre conscience et votre intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme probe et libre, et de conserver le secret des délibérations, même après la cessation de vos fonctions".

وانظر في ذلك :

Charles JOLIBOIS RAPPORT 419 (98-99) - Commission des Lois ,op. cit.

([2]) وفي هذا الصدد، ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن القانون قد أمد القاضي في المسائل الجنائية بسلطة واسعة وحرية كاملة في سبيل تقصى ثبوت الجرائم أو عدم ثبوتها و الوقوف على حقيقة علاقة المتهمين و مقدار اتصالهم بها ففتح له باب الإثبات على مصراعيه يختار من كل طرقه ما يراه موصلاً إلى الكشف عن الحقيقة و يزن قوة الإثبات المستمدة من كل عنصر بمحض وجدانه فيأخذ بما تطمئن إليه عقيدته و يطرح ما لا ترتاح إليه غير ملزم بأن يسترشد في قضائه بقرائن معينة ، بل له مطلق الحرية في تقدير ما يعرض عليه منها و وزن قوته التدليلية في كل حال حسبما يستفاد من وقائع كل دعوى و ظروفها . بغيته الحقيقة ينشدها انى وجدها و من اي سبيل يجده مؤدياً إليها، و لا رقيب عليه في ذلك غير ضميره وحده. هذا هو الأصل الذي اقام عليه القانون الجنائي قواعد الإثبات لتكون موائمة لما تستلزمه طبيعة الأفعال الجنائية و تقتضيه مصلحة الجماعة من وجوب معاقبة كل جان و تبرئة كل بريء. ولذلك كان القاضي غير مطالب إلا بأن يبين في حكمه العناصر التي استمد منها رايه، و الأسانيد التي بنى عليها قضاءه ، وذلك فقط للتحقق مما إذا كان ما اعتمد عليه من شانه ان يؤدى عقلاً إلى النتيجة التي خلص هو إليها.على شرط ان يكون ذلك كله مما عرض على بساط البحث امامه بالجلسة حتى لا يؤخذ به الخصوم على غرة منهم ، و الا يكون مما حرم الاستشهاد به استثناء على خلاف الأصل بمقتضى نص في القانون لعلة اقتضتها المصلحة العامة . و كلما كان الأمر كذلك صح الحكم و امتنعت مجادلة القاضي في تقدير قوة الدليل و كفايته في الإثبات.حكم محكمة النقض في جلسة ١٢ يونيه ١٩٣٩ ، الطعن رقم ١٠٠٤ لسنة ٩ ق ، ص ٥٧٥ ، دائرة المعارف القانونية.

وانظر، الدكتور محمود نجيب حسني ، " الاختصاص والإثبات في قانون الإجراءات الجنائية " ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ ، ص٦٠ وما بعدها .

قانون الإجراءات الجزائية اليمني في المادة ٣٦٧.

وفي ذات السياق، نصت المادة ٣٥٣ من قانون الإجراءات الفرنسي بأن:" القانون لا يطلب من القضاة عرضاً بما توصلوا إليه من أدلة أدت إلى اقتناعهم، كما لا يفرض قاعدة خاصة تتعلق بتمام وكفاية دليل ما، وإنما اوجب عليهم، ان يتساءلوا في صمت وتدبر. وأن يبحثوا بإخلاص في صدق ضمائرهم الانطباع الذي أحدثته الأدلة الموجهة ضد المتهم، ووسائل دفاعه. وأن القانون لا يوجه لهم سوى هذا السؤال الذي يتضمن كل حدود واجباتهم: " هل لديكم يقين أو اقتناع راسخ في وجدانكم؟[١]

ويعبر رجال الفقه عن هذا العنصر بقولهم: إن القاضي حر في تكوين عقيدته.فهو حر في أن يرتاح ضميره لصدق شاهد، أو كذبه، طالما أنه يشهد على واقعة لا سبيل إلى التحقق منها، إلا عن طريق الالتجاء إلى الإحساس وتحكيم الضمير في تقييم شهادته[٢].

ولكن هذا الاقتناع له حدود، إذ لا يجوز له أن يعلن أن عقيدته قد انتهت إلى أن الشاهد صادق في شهادته. متى أدت إلى إدانة المتهم؛ لأن الإدانة يجب أن تبنى على الجزم واليقين. وبالتالي يجب أن تنتهي المحكمة إلى أن الأدلة التي استند إليها تؤدي بطريق الجزم واليقين إلى صحة وسلامة النتيجة التي توصل إليها، وإلا أعتبر حكمه مشوباً بالقصور في التسبيب، أو الفساد في الاستدلال[٣].

و الشق الشخصي في اليقين القضائي ، هو شق تتفاوت فيه التقديرات لدى القضاة؛لأنه امر نفسي، ولكن هذا الشق لا يكفي وحده لتقرير الإدانة، إذ يكمله يقين

(١)Article:353 :C.P.P : "La loi ne demande pas compte aux juges des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve ; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : "Avez-vous une intime conviction ?".

(٢)الدكتور عبد الرءوف مهدي، المرجع السابق، ص١٢٥٢.

(٣)الدكتور عبد الرءوف مهدي، المرجع السابق نفسه، ص١٢٥١.وانظر حكم محكمة النقض المصرية نقض ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٨٢، مجموعة القواعد القانونية، جا ص٨٠، رقم ٦١ .

آخر يشترك فيه الجميع، او على الأقل اكبر قدر من الأشخاص، وهو ما يشكل العنصر الموضوعي لليقين القضائي.

ثانياً: العنصر الموضوعي لليقين القضائي:

وهذا العنصر معناه، ان الدليل الذي اقنع القاضي هو افضل دليل ممكن للبرهنة على ثبوت الواقعة[1]. فيقتنع به اي إنسان يتوفر لديه العقل والمنطق ، اي أن يحمل الدليل بذاته معالم قوته في الإقناع، او على حد تعبير بعض رجال الفقه[2] بأن" **لب دليل الإدانة وجوهره، هو صلاحيته بمفرده للحسم بوجود صلة بين الجريمة المقترفة، وبين شخص معين يُعزى إليه اقترافها**". فلا بد أن تكون الأدلة صالحة لأن تكون عناصر سائغة للإثبات، او النفي[3]. ولابد ان يكون الدليل من طبيعة تجلب الاقتناع التام، حيث إن قبوله يمثل ضرورة حقيقية، طبقاً لما يمليه العقل والمنطق بعيداً عن التحيز[4].

ولا غرو ان هذا العنصر ضروري، لأن من حق الكافة أن يطمئنوا إلى سلامة الأحكام بوجود دليل على الإدانة، حتى يعطوا الحكم حقه من الاحترام والثقة. وهي مسالة- لا شك- تهم القاضي نفسه، قبل اي شخص آخر[5]. ومن هنا جاء إلزام القاضي بتسبيب حكمه[6]؛لأن ذلك مظهر من مظاهر قيامه بما عليه من واجب التدقيق في

---

(1)وقد عبر فقهاء الشريعة الإسلامية عن بطلان القول بالإلهام ليقوم مقام اليقين بقولهم: إن المدعين للإلهام، ولإدراك ما يدركه غيرهم لا يتفق اثنان منهم على ما يدعيه كل واحد منهم، إلهاماً أو إدراكاً، فصح بلا شك انهم كذبة. وأن الذي بهم وسواس. وايضاً فإن الإلهام دعوى مجردة من الدليل، ولو اعطي كل امرئ بدعواه العراة " اي المجردة " لما ثبت حق، ولا بطل باطل، ولا استقر ملك أحد على مال ولا انتصف من ظالم، ولا صحت ديانة احد ابداً، لأنه لا يعجز احد عن أن يقول، الهمت أن دم فلان حلال، وأن ماله مباح لي اخذه، .. وهذا لا ينفك منه، وقد يقع في النفس وساوس كثيرة لا يجوز أن تكون حقًا، واشياء متضادة يكذب بعضها بعضاً، فلا بدّ من حاكم يميز الحق منها من الباطل، وليس ذلك إلا العقل الذي لا تتعارض دلائله. انظر : الإحكام في أصول الأحكام ،لابن حزم جا، ص ١٦ .

وانظر : الدكتور محمد محي الدين عوض ، " قانون الإجراءات الجنائية السوداني معلقا عليه ، ١٩٧١ ، ص ٦٥٥.

(2) الدكتور رمسيس بهنام : " الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلاً " ، الجزء الثاني ، ص٣٢٠ .

(3) الدكتور رءوف عبيد : " ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية" ، مرجع سابق ، ص ٧٤٨.

(4)Jean Graven: "La protection des droits de l'accusé dans le procès pénal en suisse", *R.I.D.P.1966, N°1 et 2 , p 274.*

(5) الدكتور عبد الرءوف مهدي : " شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية "، مرجع سابق ، ص ١٢٥٣ .

(6) جيوفاني ليوني : " مبدأ حرية الاقتناع والمشاكل المرتبطة به " محاضرة القاها الأستاذ الايطالي في كلية الحقوق بتاريخ ٢٩ مارس سنة ١٩٦٤ نقلها إلى العربية الدكتور رمسيس بهنام ، مجلة القانون

البحث، وإمعان النظر لتعرف الحقيقة التي يعلي من شأنها، فيما يفصل فيه من الأقضية، وبه وحده، اي التسبيب يسلم من مظنة التحكم والاستبداد .ولهذا فقد قيل، بأن التسبيب لا يؤدي وظيفة التمهيد لإعادة الفحص عند الطعن، بقدر ما يؤدي وظيفة اسمى، هي " إقناع الناس بعدالة الراي"[1].

ونخلص مما تقدم إلى، أن اليقين المطلوب لهدم اصل البراءة، ليس هو اليقين الشخصي فحسب، وإنما اليقين القضائي الذي يصل إليه القاضي، كما يصل إليه الكافة، لأنه مبني على العقل والمنطق.

المبحث الثاني

ضمانات اليقين القضائي كأساس لهدم أصل البراءة

لكي يصل القاضي الجنائي إلى مرحلة الاقتناع اليقيني للحكم بالإدانة التي تهدم اصل البراءة، فإنه ينبغي ان يتقيد بجملة من الضوابط والقيود، بما يضمن الوصول إلى الحقيقة الفعلية في الدعوى، دون الافتئات على الحقوق والحريات الشخصية. وتتمثل هذه الضمانات او القيود فيما يلي:

أولا :أن يبنى الاقتناع اليقيني على دليل:

هذا الضمان او الضابط امر جوهري وبدهي في آن واحد، إذ لا يجوز للقاضي أن يحكم بغير دليل. والدليل بشكل عام، هو كل ما يصلح لإثبات امر، او نفيه، وفقاً لأصول للنطق[2]. والدليل القضائي، هو كل وسيلة تمكن القاضي من الوصول إلى الحقيقة بشأن الواقعة المعروضة عليه، توطئة للحكم فيها. ولا يكون الدليل دليلاً إلا إذا نقل القاضي من حالة الريبة، أو الشك إلى حالة اليقين[3].

وفي هذا الخصوص، ذهب بعض فقهاء المسلمين إلى أنه " لو تواتر الخبر

والاقتصاد مطبعة جامعة القاهرة العدد الثالث السنة الرابعة والثلاثون ، سبتمبر ١٩٦٤، ص٩٢٥.

(1) جيوفاني ليوني ، " مبدا حرية الاقتناع والمشاكل المرتبطة به " محاضرة القاها الأستاذ الايطالي في كلية الحقوق بتاريخ ٢٩ مارس سنة ١٩٦٤ نقلها إلى العربية الدكتور رمسيس بهنام ، مجلة القانون والاقتصاد مطبعة جامعة القاهرة العدد الثالث السنة الرابعة والثلاثون ، سبتمبر ١٩٦٤، ص ٩٢٥.

(2) ويختلف الدليل عن الاستدلال فالاستدلال يدعم الدليل ولكن لا يرقى إلى مستوى الدليل، وبالتالي لا يصلح وحده سنداً للإدانة . انظر: الدكتور محمود محمود مصطفى، " الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن "، مرجع سابق، ص ٤٣.

(3) الدكتور عوض محمد عوض ، " المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية " ، مرجع سابق ، ص٦٦٦.

عند القاضي، بأن الذي في يد زيد ملك عمرو، لم يقض له بالملك بدون إقامة البيّنة[1].

ويستمد هذا الضمان قيمته من القيمة الدستورية لأصل البراءة، حيث لا يمكن نقض هذا الأصل إلا بدليل، ولهذا يبطل الحكم إذا كان عماده في إدانة المتهم محضر التحريات، أو تعرف كلب الشرطة عليه، أو رأي الغير فيما يشترط القانون لثبوته وثيقة رسمية، أو رأي خبير، كسنّ المتهم، أو امتناع المتهم عن الإجابة على أسئلة المحقق ، لأن أياً من هذه الأمور لا يرقى إلى مرتبة الدليل[2].

ثانيا: أن يكون الدليل مطروح أمام القاضي للمناقشة:

طالما أنه لا توجد أدلة مطروحة في جلسة المحاكمة يمكن للجميع مناقشتها وإبداء الرأي فيها، فإنه لا يجوز للقاضي أن يبني حكمه على دليل لم يطرح أمامه في الجلسة[3]. وإذا كان هذا الضابط يجد أساسه في أصل البراءة، فإنه يستند أيضاً إلى نص كل من المادة ٣٠٢ من قانون الإجراءات الجنائية المصري، و المادة ٣٦٧ من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، حيث جاء في الشق الثاني منهما بأنه " .. ومع ذلك لا يجوز له أن يبني حكمه على دليل لم يطرح أمامه في الجلسة ". ومن ثم لا يقبل كدليل ما وصل إلى القاضي بعد إقفال باب المرافعة[4]. حيث لم يعرض الدليل على بساط البحث والمناقشة بالجلسة في حضور خصوم الدعوى، ليبدي كل منهم رأيه فيها[5]. ولذلك

---

(1) أصول السرخسي، مرجع سابق، جـ1 ص ٢٧٧ .

(2) الجدير بالإشارة أنه لا يشترط أن تكون الأدلة التي اعتمد عليها الحكم بحيث ينبئ كل دليل منها و يقطع في كل جزئية من جزئيات الدعوى - إذ الأدلة في المواد الجنائية متساندة و منها مجتمعة تتكون عقيدة المحكمة فلا ينظر إلى دليل بعينه لمناقشته على حدة دون باقي الأدلة بل يكفي أن تكون الأدلة في مجموعها كوحدة مؤدية إلى ما قصده الحكم منها و منتجة في اقتناع المحكمة و اطمئنانها إلى ما انتهت إليه. انظر: حكم محكمة النقض في جلسة ٦ نوفمبر ١٩٨٩، الطعن رقم ٤٢٧٥ لسنة ٥٩ ق، ص ٨٨٤، دائرة المعارف القانونية. وانظر: الدكتور عوض محمد عوض: مرجع سابق، ص٦٦٦ و٦٦٧.

(3) الدكتور محمد زكي أبو عامر، " الإثبات في المواد الجنائية " ، مرجع سابق ، ص١٤٢

(4) انظر حكم محكمة النقض المصري في جلسة ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥، مجموعة القواعد القانونية، ج٣ رقم ٤٠٠ ، ص ٥٠٢.

(5) وفي هذا الصدد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن القانون قد أمد القاضي في المسائل الجنائية بسلطة واسعة و حرية كاملة في سبيل تقصي ثبوت الجرائم أو عدم ثبوتها ... غير مطالب إلا بأن يبين في حكمه العناصر التي استمد منها رأيه و الأسانيد التي بنى عليها قضاءه... على شرط أن يكون ذلك كله مما عرض على بساط البحث أمامه بالجلسة حتى لا يؤخذ به الخصوم على غرة منهم، وإلا يكون مما حرم الاستشهاد به استثناء على خلاف الأصل بمقتضى نص في القانون لعلة اقتضتها المصلحة العامة. و كلما كان الأمر كذلك صح الحكم و امتنعت مجادلة القاضي في تقدير قوة الدليل و كفايته في الإثبات. حكم محكمة النقض في جلسة ١٢ يونيه ١٩٣٩ ، الطعن رقم ١٠٠٤ لسنة ٩ ق ، ص ٥٧٥ ، دائرة المعارف القانونية.

فليس من الجائز للقاضي، أن يستند إلى شهادة شاهد في قضية اخرى. دون أن يسمعها هو بنفسه. أو يستند على معلوماته الشخصية[1]، أو على إشاعة عامة، أو وضع معروف للكافة، أو على معلومات حصلها خارج مجلس القضاء، كما لو كان قد حصلها أثناء حديث أو مقابلة[2].

ولذلك فقد قيل: إن هذا الضابط يفرضه مبدأ الشفوية والمواجهة بين الأطراف في المحاكمات الجنائية، حيث يتطلب الأمر أن تطرح الأدلة بالجلسة، وأن تتاح الفرصة أمام الاتهام والدفاع لمناقشة الأدلة المقدمة من كل منهما وتفنيدها[3].

وغني عن البيان، أن مخالفة هذا الضابط يؤدي إلى بطلان الحكم[4].

ثالثاً: أن يبني اقتناعه من دليل مشروع:

يعد مشروعية الدليل أهم الضمانات التي تقيد سلطة القاضي الجنائي في تكوين عقيدته، للحكم بالإدانة في القانون الجنائي المعاصر،حيث كانت القوانين قديماً - في العديد من البلدان التي عاشت في ظل الاستبداد- لا تهتم بالكيفية التي تم من خلالها الحصول على الدليل الذي يثبت إدانة المتهم ؛إذ كان مقبولاً لديهم الاستناد إلى جميع الوسائل، بما فيها تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، فكانت الحقيقة هي الغاية الأساسية التي يتعين الوصول إليها، مهما كانت الوسيلة المستعملة في ذلك[5].

ويمثل هذا القيد أحد الضمانات الأساسية لحماية أصل البراءة، وحماية الحرية الشخصية، بل و يعد ضمانة أساسية لعدالة المحكمة بوجه عام.

---

(1) انظر : ونقض ٧ مارس ١٩٦٦ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٧ ق ٥٣ ص ٢٦٩ . ونقض ٥ فبراير سنة ١٩٦٨، مجموعة أحكام النقض، س ١٩ ق٢٣ ص ١٢٤. ونقض ٧ مارس ١٩٦٦، مجموعة أحكام النقض، س ١٧ ق ٥٣ ص ٢٦٩.

(2) ومن تطبيقات ذلك في القضاء الفرنسي قيام الحكم على دليل حصله القضاة في الفترة ما بين الجلسة التي قفلت فيها المرافعة والجلسة التي صدر فيها الحكم بناء على علم شخص لدليل مستمد من دعوى أخرى دون أي ارتباط .

Cass.crim. 29 mars 1977 J.C.P. 1977, N° 4 p. 145

أشار إليه الدكتور محمد زكي أبو عامر: " الإثبات في المواد الجنائية "، مرجع سابق، ص ١٤٤ الهامش رقم ٢٨.

(3) الدكتور محمود نجيب حسني : " الاختصاص والإثبات في قانون الإجراءات الجنائية " ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ ، مرجع سابق ، ص٧٩ .

(4) الدكتور محمود نجيب حسني: المرجع السابق نفسه ، ص٧٦ .

(5) الدكتور السيد محمد حسن شريف: " النظرية العامة للإثبات الجنائي "، مرجع سابق، ص٢٤٩.

ويكتسب هذا القيد اهمية قصوى في عصرنا الراهن، نتيجة التقدم الهائل الذي لحق بالوسائل المستخدمة في البحث والتحقيق وجمع الأدلة، حتى يلبي مقتضيات البحث عن الحقيقة، حيث اصبحت هذه الوسائل في حال استخدامها استخداماً سيئاً تشكل اختراقاً للحياة الخاصة، ولمكنونات النفس البشرية[1].

وعلى هذا الأساس يجب على القاضي، الا يؤسس اقتناعه بالإدانة على دليل تم التوصل إليه بطريقة تخالف الضمانات التي تقوم عليها عدالة المحاكمة، وتخل بالحفاظ على الكرامة الإنسانية[2]. حتى ولو كان هذا الدليل صحيحاً. ومن ذلك على سبيل المثال، ان يكون الدليل وليد إكراه، او بناء على تجسس، أو تفتيش باطل ، لأن **الإدانة ليست هي غاية في ذاتها يسعى إليها بغض النظر عن ثمنها**[3].

وقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تحريم الأدلة التي تتحصل بطريقة غير مشروعة، ومن ذلك تحريمهم للتجسس ولو كان يرمي إلى تحقيق هدف مشروع، لأن الوسيلة تأخذ حكم الغاية، بمعنى ان الغاية والوسيلة لا بد ان تكونا مشروعتين[4] وسندهم في ذلك قول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيراً مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلاَ تَجَسَّسُوا ﴾[5]. ومما ورد في كتب الفقه الإسلامي ان عمر بن الخطاب خرج ليلة يحرس، ومعه عبد الرحمن بن عوف فبينا هم يمشون شب لهم سراج في بيت فانطلقوا يؤمونه، حتى إذا دنوا منه، إذا باب مغلق على قوم لهم فيه أصوات مرتفعة ، ولغط. فقال عمر واخذ بيد عبد الرحمن: اتدري بيت من هذا. قال: قلت لا. قال: هو ربيعة بن امية بن خلف، وهم الآن شرب-اي يرتكبون جريمة شرب الخمر- فما ترى؟ قال عبد الرحمن: " ارى قد اتينا ما نهانا الله عنه. نهانا الله فقال: " ولا تجسسوا " فقد

---

(1) Jérôme BENEDICT:"Le sort des preuves illégales dans le procès pénal". Thèse, Lausanne, 1994.p. 17.

(2) voir: T. GAMBIER: "La défense des droits de la personne dans la recherche moderne des preuves en procédure pénale française",R.D.P.,édition,Techniques, décembre-1992. p. 1et s.

(3) الدكتور عمر الفاروق الحسيني ، " مدى تعبير الحكم بالإدانة غير الصادر بالإجماع عن الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي " ،مرجع سابق ، ص ٨٣ .

(4) ولا يجوز التجسس إلا إذا خيف من انتهاك حرمة يفوت تداركها، بأن يخبره من يثق بصدقه ان رجلاً خلا برجل ليقتله. انظر إعلام الموقعين لابن القيم، مرجع سابق، ج٣ ص ٢٤٧. وانظر روضة الطالبين وعمدة المفتين للإمام النووي ،دار الفكر ، جـ٩ ، ص ٢٧.

(5) سورة الحجرات الآية ١٢.

تجسسنا، فانصرف عنهم عمر وتركهم[1].

وواضح من هذه الحالة، ان شرعية الإدانة التي تهدم أصل البراءة، يجب أن تعتمد على دليل تم التوصل إليه بطريق مشروع.

رابعاً : مدى جواز استناد الحكم بالبراءة على دليل غير مشروع:

وإذا كان شرط مشروعية الدليل أمر حتمي في تأسيس القاضي لاقتناعه بالحكم بالإدانة، فإن التساؤل الهام في هذا الصدد، هو عما إذا كان يتطلب مثل هذا الشرط في حال الحكم الصادر بالبراءة.

والإجابة على ذلك، ان القضاء أسس اقتناعه في بعض أحكامه الصادرة ببراءة المتهم على ادلة تحصلت بطريقة غير صحيحة، أو غير مشروعة - إذا ادت إلى براءة المتهم- ومن ذلك قضاء محكمة النقض المصرية[2]، وكذا قضاء المحكمة الاتحادية الألمانية، بقبول الأدلة التي تحصلت بالمخالفة للحق في الحياة الخاصة، متى كان من شأنها ان تسمح ببراءة الشخص، أو أحد الأشخاص[3].

واما بالنسبة لموقف الفقه من جواز استناد الحكم الصادر بالبراءة على دليل تحصل بطريقة غير صحيحة، أو غير مشروعة، فقد انقسم الفقه بشأن ذلك إلى ثلاثة اتجاهات على النحو التالي:

الاتجاه الأول: المعارض لقبول أدلة البراءة المتحصلة بطريقة غير مشروعة :

وهذا الاتجاه[4] يرفض مسلك القضاء في قبوله للدليل الذي تم التوصل إليه بطريقة غير صحيحة، أو غير مشروعة، سواء أدى هذا الدليل إلى الإدانة، أو البراءة.

---

(1) مصنف عبد الرزاق ابو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني ، المكتب الإسلامي بيروت ط٢ ، تحقيق عبد الرحمن الأعظمي، ١٤٠٣ هـ ج١٠ ص٢٣٦ .

(2) فقد قضت محكمة النقض المصرية بانه " لا يقبل تقييد حرية المتهم في الدفاع باشتراط مماثل لما هو مطلوب في دليل الإدانة ..". انظر: نقض ٢٥ يناير سنة ١٩٦٥، مجموعة أحكام النقض، س١٦، رقم ٢١، ص ٨٧.

(3) Jérôme BENEDICT: -"Le sort des preuves illégales dans le procès pénal". Op. Cit. .p. 49 et s.

(4) انظر في هذا الاتجاه : الدكتور رءوف عبيد : "مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري" ، ط١٦ ، دار الجيل للطباعة ، ١٩٨٥ ، ص ٧٤٠ وما بعدها . الدكتور محمود نجيب حسني : " شرح قانون الإجراءات الجنائية " ، مرجع سابق ، ص ٧٩١ هامش رقم١ . الدكتور فوزية عبد الستار : " شرح قانون الإجراءات الجنائية " ، مرجع سابق ، ص ٥١١.

وبالتالي، إذا استند القاضي في حكمه إلى دليل غير مشروع يجعل حكمه مشوباً بالبطلان. ويستند انصار هذا الاتجاه إلى حجج هي:

أولاً: ان الدليل غير المشروع ليست له قيمة قانونية، ومن ثم لا يجوز ان يستند إليه القاضي في تكوين اقتناعه، وذلك عملاً بما جاء في المادة ٣٣٦ من قانون الإجراءات الجنائية المصري، حيث قضت بأنه " إذا تقرر بطلان اي إجراء، فإنه يتناول جميع الآثار التي تترتب عليه مباشرة ، ويلزم إعادته متى امكن ذلك". وهذا النص الذي يقضي بالبطلان، لا يفرق بين دليل الإدانة، و دليل البراءة. ثم إنه لو تم إقرار تلك التفرقة، فسوف يكون من شأنها اضطراب العمل على نحو لا يحقق المصلحة العامة[1] .

ثانياً: إن القول بقبول دليل غير صحيح، او غير مشروع، إذا كان يؤدي إلى براءة المتهم، معناه ان القضاء يقر بقاعدة " إن الغاية تبرر الوسيلة، وانه بإقرارها في شأن إثبات البراءة بكافة الوسائل، قد يدفع إلى القول فيما بعد: إن التزوير، والشهادة الزور وإرهاب الشهود حتى يعدلوا عن اقوالهم كلها امور تعد مشروعة، ما دام قد قصد منها إثبات البراءة[2] .

الاتجاه الثاني: المؤيد لقبول أدلة البراءة المتحصلة بطريقة غير مشروعة:

ذهب انصار هذا الاتجاه إلى تأييد ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية، وقضاء المحكمة الاتحادية الألمانية، عندما قبلتا الأدلة التي تحصلت بالمخالفة للحق في الحياة الخاصة، متى كان من شأنها أن تسمح ببراءة الشخص، أو أحد الأشخاص.

وسندهم في ذلك قائم على الآتي :

أولاً: بما ان الأصل في المتهم البراءة، فإنه ليس ثمة حاجة إلى إثبات براءته، وإنما يكون ضروري - بصفة الجزم واليقين- لإثبات الإدانة، وكل ما تحتاجه المحكمة للنطق بالبراءة، أن تتشكك في إثبات إدانته[3] . ومن ثم فإن صحة الدليل مطلوب

---

(1) الدكتور حسن علي حسن السمني : " شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية ، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ، ١٩٨٣ ، ص ٧٥٤ .

(2) الدكتور رءوف عبيد : "مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري " ، المرجع السابق ، ص ٧٤٠ .

(3) الدكتور محمود محمود مصطفى : " شرح قانون الإجراءات الجنائية " ، ط ١٢ ، دار النهضة العربية ١٩٨٨ ، مرجع سابق ، ص٤٢٤ هامش رقم ٤ . الدكتور هلالي عبد إللاه احمد : " النظرية العامة للإثبات الجنائي" ، مرجع سابق ، ص ٥٨٤ .

وصولاً للإدانة التي تهدم اصل البراءة، بينما يكفي الشك للبراءة[1]. ثم إن تطلب مشروعية الدليل في الإدانة إنما شرع لحماية حرية المتهم، فلا يجوز أن ينقلب هذا الضمان وبالأ عليه[2].

ثانياً: أن التمسك بشرط المشروعية بالنسبة لدليل البراءة بما يؤدي إلى استبعاد الدليل غير المشروع، من شأنه، أن يفضي إلى نتيجة في غاية الخطورة ، وهي إدانة بريء، مما يترتب عنه، تحمل المجتمع إلى ضررين، هما: إفلات المجرم الحقيقي من العقاب وإدانة بريء[3].

الاتجاه الثالث : يتخذ موقفا وسطاً بين الاتجاهين السابقين:

يفرق هذا الاتجاه بين حالات عدم المشروعية على أساس درجة جسامة الفعل غير المشروع الذي نجم عنه الدليل، فإذا كان الفعل غير المشروع قد تم بانتهاك أحد نصوص قانون العقوبات، أي بارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات، فإن الدليل الذي تحصل بالمخالفة لقانون العقوبات يُهدر ولا يعول عليه. ولو كان يؤدي إلى براءة المتهم، فمثلاً،لا يمكن للمحكمة أن تستند إلى دليل تم تحصيله بالسرقة، أو التزوير، لأن ذلك من شأنه أن يحض على ارتكاب بعض الجرائم وهو ما لا يمكن قبوله تشريعا[4]. أما إذا كان الدليل ناتجاً عن فعل مخالف لقاعدة أو لنص من نصوص قانون الإجراءات الجنائية ، فإنه يجوز للمحكمة أن تقبل هذا الدليل، وتعول عليه في حكمها بالبراءة.، لأن عدم المشروعية إنما يكون ناشئاً في هذه الحالة بسبب فعل من قام بالإجراء الباطل[5].

رأي الباحث:

مع التقدير لرأي أنصار الاتجاه الأول، وأنصار الاتجاه الثالث، فإننا لا نتفق معهم

---

(1) الدكتور عمر الفاروق الحسيني : " مدى تعبير الحكم بالإدانة غير الصادر بالإجماع عن الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي " ،مرجع سابق ، ص٨٤ .

(2) الدكتور محمد عيد الغريب : " حرية القاضي الجنائي في الاقتناع اليقيني وأثره في تسبيب الأحكام الجنائية، النسر الذهبي للطباعة ، ١٩٩٦-١٩٩٧، ص٦٣. الدكتور رضا حمدي حمزة اللاح، " ذاتية الدعوى الجنائية"، رسالة دكتوراه، ٢٠٠٣، ص ١٧٦.

(3) الدكتور هلالي عبد إللاه أحمد : " النظرية العامة للإثبات الجنائي " ، المرجع السابق ، ص ٥٨٤ .

(4) الدكتور سامي حسني الحسيني: " النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن " ، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٧٢ ، ص ٤٧١.

(5) الدكتور سامي حسني الحسيني: " النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن " المرجع السابق، ص٤٧١.

فيما ذهبوا إليه.لا لأننا نقر بعدم المشروعية ونضعها في مصاف الشرعية، ولكن لأن الحصول على دليل بطريقة غير مشروعة بقصد إثبات البراءة، لا يستوي مع الدليل غير المشروع الذي يتم تحصيله بقصد إدانة المتهم. فالقيمة الدستورية لأصل البراءة تسمح -بحسب ما نراه- بأن نقدم كل ما من شأنه أن يبقي على أصل البراءة، ما دام الدليل المتحصل عليه بطريقة غير مشروعة قد طرح أمام القضاء على بساط البحث وكان من شأنه أن يشكك يقين القاضي الجنائي، والحصول على هذا الدليل بطريقة غير مشروعة يمكننا أن نعتبره من باب الضرورة، ومن المعلوم أن الضرورات تبيح المحظورات. أو من باب الدفاع عن النفس في مواجهة الإدانة، ذلك أن الإدانة خطر يتهدد الشخص، وبالتالي فإن الدفاع عن النفس ضد خطر الإدانة، يسمح بأن يستند القاضي إلى دليل تحصل بطريقة غير مشروع، طالما انه يؤدي إلى براءة المتهم.

ولعل ما يؤيد وجهة نظرنا حكم محكمة النقض المصرية، حينما قضت بأنه " من المقرر أنه إن كان يشترط في دليل الإدانة أن يكون مشروعاً، إذ لا يجوز أن تبنى إدانة صحيحة على دليل باطل في القانون ، فإن المشروعية ليست شرطاً واجباً في دليل البراءة، ذلك بانه من المبادئ الأساسية في الإجراءات الجنائية، أن كل متهم يتمتع بقرينة (أصل) البراءة، إلى أن يحكم بإدانته بحكم نهائي، وأنه إلى أن يصدر هذا الحكم، له الحرية الكاملة في اختيار وسائل دفاعه، بقدر ما يسعفه مركزه في الدعوى وما تحيط نفسه من عوامل الخوف والحرص والحذر وغيرها من العوارض الطبيعية لضعف النفوس البشرية ، وقد قام على هدي هذه المبادئ حق المتهم في الدفاع عن نفسه، واصبح حقاً مقدساً يعلو على حقوق الهيئة الاجتماعية التي لا يضيرها تبرئة مذنب بقدر ما يؤذيها ويؤذي العدالة معاً إدانة بريء[1]..".

خامساً : ضمان تسبيب الأحكام لهدم أصل البراءة :

من ضمانات الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي، أن يتقيد القاضي بتسبيب حكمه الصادر بالإدانة،لأن التسبيب- كما سبق القول- يعد مظهراً من مظاهر قيامه بما عليه من واجب التدقيق في البحث، وإمعان النظر، لتعرف الحقيقة التي يعلي من شانها فيما يفصل فيه من الأقضية، وبه ، أي التسبيب، يسلم من مظنة التحكم والاستبداد .ولهذا فقد قيل، بأن التسبيب لا يؤدي وظيفة التمهيد لإعادة الفحص

---

(١) نقض جنائي في جلسة ١٥ فبراير ١٩٨٤ ، الطعن رقم ٦٠٩٧ لسنة ٥٣ ق مجموعة أحكام النقض س٣٥، ص١٥٣ ق٣١ .

عند الطعن، بقدر ما يؤدي وظيفة اسمى هي " إقناع الناس بعدالة الرأي"[1]. فبدون الأسباب الواضحة الكاملة المنطقية للحكم، لا يمكن التحقق من قيام محاكمة منصفة، بغض النظر عن وجوب التحقق من صحة تطبيق القانون، فما قيمة الضمانات التي اوجبها الدستور واكدها القانون، ما لم يكفل القانون أداة تكشف مدى احترام هذه الضمانات؟[2].

ومن فوائد التسبيب، انه يتيح لمحكمة النقض، أن تتحقق من اعتراف القانون بالمصادر التي استمد القاضي الجنائي منها اقتناعه، غير أن القاضي غير ملزم بأن يكشف عن الوسيلة، أو الكيفية التي استمد بها اقتناعه، فذلك يدخل في نطاق سلطته التقديرية التي اعترف له القانون بها[3].

وقد عنت الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان بضمان تسبيب الأحكام الجنائية، حيث نصت المادة ٥١/١منها على أن: تصدر احكام المحكمة مسببة"[4].

ويستمد هذا الضمان قيمته الدستورية من أصل البراءة التي لا ينقضها إلا دليل قاطع استخلصته المحكمة بشكل يقيني، وكشفت عنه في حكمها. وكذلك نصت على هذا الضمان النصوص القانونية المقارنة ؛ كما هو الحال في المادتين ٣١٠ و٣١١ من قانون الإجراءات الجنائية المصري، إذ نصت المادة٣١٠ بأنه " يجب أن يشتمل الحكم على الأسباب التي بني عليها. وكل حكم بالإدانة، يجب أن يشتمل على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة، والظروف التي وقعت فيها، وأن يشير إلى نص القانون الذي حكم بموجبه. ونصت المادة ٣١١ بأنه " يجب على المحكمة أن تفصل في الطلبات التي تقدم لها من الخصوم، وتبين الأسباب التي تستند إليها.

وكذلك نصت المادة ٣٧٢ من قانون الإجراءات الجزائية اليمني على، أنه " يجب

---

(1) جيوفاني ليوني : " مبدا حرية الاقتناع والمشاكل المرتبطة به " سابق الإشارة إليه، ص ٩٢٥.

(2) انظر : استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور : " القانون الجنائي الدستوري "، مرجع سابق، ص ٥٣٤و ٥٣٥.

(3) وقد وضعت محكمة النقض المصرية هذا القيد حينما قضت بان " اساس الأحكام الجنائية هو حرية قاضى الموضوع في تقدير الأدلة القائمة في الدعوى، إلا انه يرد على ذلك قيود منها أن يدلل القاضي على صحة عقيدته في أسباب حكمه بادلة تؤدى إلى ما رتبه عليها لا يشوبها خطأ في الاستدلال او تناقض او تخاذل . انظر نقض ٢ إبريل ١٩٥٧، في الطعن رقم ١١٠ لسنة ٢٧ ق ، ص ٣٥٢ ، دائرة المعارف القانونية.

(4)Article 51:" Convention européenne des Droits de l'Homme:" 1.L'arrêt de la Cour est motivé.

ان يشمل الحكم على الأسباب التي بني عليها. وكل حكم بالإدانة، يجب ان يشتمل على الأدلة التي تثبت صحة الواقعة الجزائية ونسبتها لمتهم، ويتعين ان يتضمن الحكم بتوقيع العقوبة نص التجريم، والأسباب التي قدرت العقوبة على اساسها، ويترتب البطلان على مخالفة ذلك ".

وواضح، ان المشرع اليمني قد نص على بطلان الحكم، إذا لم يسبب القاضي حكمه الصادر بالإدانة. وهذا - بالتأكيد- ضمان من ضمانات الحماية الجنائية لأصل البراءة.

والجدير بالذكر، ان تسبيب الحكم ينصرف أيضا إلى حكم محكمة الاستئناف القاضي بتشديد العقوبة، او بإلغاء حكم محكمة الدرجة الأولى[1]. وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه " يجب على المحكمة الاستئنافية إذا رأت إلغاء حكم صادر بالبراءة أن تفند ما استندت إليه محكمة الدرجة الأولى في التبرئة من اسباب، وإلا كان حكمها بالإلغاء ناقصا نقصاً جوهرياً موجباً لنقضه..."[2].

سادساً: مدى التقيد بأدلة معينة كأساس لهدم أصل البراءة :

إذا كان اليقين القضائي يصل إليه القاضي من خلال الاقتناع اليقيني، فإن اهم ما يتميز به مبدأ الاقتناع القضائي، ان تتاح للقاضي الجنائي حرية في أن يبني اقتناعه على دليل من الأدلة التي طرحت على بساط البحث[3]، ما دام هذا الدليل قد توافرت فيه الضمانات، بمعنى أن يكون مشروعاً، وان يكون قد خضع للمناقشة، وهو في ذلك لا يخضع سوى لصوت ضمير القاضي، واستشعار رقابة الله عليه، دون أن يقيد بنوع معين من الأدلة للحكم بإدانة المتهم، وهو ما اكدنا سنده سلفاً.

والقاعدة العامة، ان حرية القاضي في تكوين اقتناعه من اي دليل شاء، هي حرية مزدوجة، ترد اولاً على الدليل عينه، ثم ترد على وزن الدليل وقيمته .

فاما من حيث الدليل عينه، فإن القاضي حر في ان يقبل جميع الأدلة المقدمة إليه دون ان يفرض عليه دليل، أو يحظر عليه دليل.

---

(1) وسوف نتطرق لاحقاً إلى ضمانات الحكم الصادر من الاستئناف ويضر بمركز المتهم.

(2) نقض ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٥ ، مجموعة القواعد القانونية جـ٣ رقم ٣٩٩ ص ٥٠٢ . ونقض ٥ نوفمبر ١٩٩٥ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٤٦ رقم ١٧٢ ص ١١٥١.

(3) الدكتور السيد محمد حسن شريف، " النظرية العامة للإثبات الجنائي "، مرجع سابق، ص ٢٩٤.

وأما من حيث وزن الدليل وقيمته، فإن من حق القاضي، أن يوازن بين الأدلة، فله- مثلاً- أن يأخذ باعتراف المتهم، أو بأقوال الشهود ما يصح في اقتناعه أنه يتوافق مع واقعة الدعوى، وتطرح منه ما لا يتفق مع ذلك[1].

ولكن التساؤل المثار هو: أليست هناك قيود ترد على حرية القاضي الجنائي في قبول دليل ما، دون غيره للحكم بالإدانة. وإذا وجدت قيود، فهل تمثل استثناءات على مبدأ الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي؟.

في الواقع إن الإجابة عن هذا التساؤل يقودنا أولاً إلى الحديث - بشكل مختصر- عن نظم الأدلة الجنائية، حيث السائد أن هناك نظامين عرفتهما التشريعات المقارنة وهما: نظام الأدلة القانونية، ونظام الأدلة الإقناعية. على النحو التالي:

١- **نظام الأدلة القانونية**: ويتميز هذا النظام بأن المشرع يحدد فيه للقاضي الأدلة التي يصح له الاعتماد عليها عند الحكم بالإدانة، وكذلك شروط كل دليل وقوته القانونية ، فإذا قام الدليل واستوفى شروطه وأركانه التزم القاضي به، ووجب عليه أن يحكم بالإدانة، ولو كان القاضي مقتنعا في دخيلة نفسه بغير مؤدى الدليل، وإذا تخلف الدليل، أو تخلفت بعض شروطه وجب الحكم بالبراءة[2].

وكان يعتبر هذا النظام ضماناً للأبرياء، حيث كان يلزم القاضي أن يحكم ببراءة المتهم، إذا لم يجتمع لديه العدد المطلوب قانونا من الأدلة[3].

بيد أن هذا النظام قد تعرض للانتقاد، باعتباره نظاماً غير مقبول في ذاته وخطير بالنسبة للمتهم وللمجتمع، فهو غير مقبول في ذاته، لأنه لا يمكن أن يحدد القانون للناس مقدماً وسائل إثبات أفعال لا يعرفها، والتي تختلف الصور التي تقع بها

---

(1) انظر ، الدكتور محمود نجيب حسني: " الاختصاص والإثبات في قانون الإجراءات الجنائية " ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ ، ص ٦٠ .الدكتور عمر الفاروق الحسيني: " مدى تعبير الحكم بالإدانة غير الصادر بالإجماع عن الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي " ، مرجع سابق ، ص ٩٠ .

(2) انظر تفصيلا: الدكتور محمود نجيب حسني : " الاختصاص والإثبات في قانون الإجراءات الجنائية " ، المرجع السابق ، ص ٥٦ . الدكتور محمود محمود مصطفى: " الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن " ، مرجع سابق ، ص ٧ الدكتور عوض محمد عوض : " المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية " ، مرجع سابق ، بند ٦٦٢ ، ص ٦٦٥ . الدكتور عبد الرءوف مهدي: "حدود حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته " مرجع سابق، ص ٩. الدكتور السيد محمد حسن شريف: " النظرية العامة للإثبات الجنائي "، مرجع سابق، ص ٦٠ - ٦٤.

(3) الدكتور عبد الرءوف مهدي: "حدود حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته " مرجع سابق، ص١٠.

إلى ما لا نهاية، مع ان كل فعل له ادلته الخاصة به. وهو خطير بالنسبة للمتهم، لأنه إذا قرر إمكانية الحكم بناء على شهادة شاهدي عيان، دون الفحص عن اخلاقيات هذين الشاهدين، فهذا يؤدي إلى التلاعب بحياة الناس وشرفهم، ففي هذا النظام نبحث فيما إذا كان الفعل مبرهنا عليه، لا فيما إذا كان الشيء حقيقياً. واما بالنسبة لخطورته على المجتمع، فإن القول - مثلاً- بأنه لا يمكن إدانة المتهم إلا بشاهدي عيان او اي دليل آخر مماثل، فمعناه إعطاء المجرمين شهادة بعدم العقاب مما يمنحهم فرصة تدعم حساباتهم الإجرامية[1] .

٢- **نظام الأدلة الإقناعية**: يتميز هذا النظام، بأنه لا يلزم القاضي الجنائي بدليل معين بذاته، بل يسمح له بقبول اي دليل، ويترك له وحده سلطة تقدير القيمة القانونية لكل دليل، وإذا تعددت الأدلة المطروحة أمام القاضي، وتعارضت فلا تفاضل بينها في ذاتها، وإنما تنعقد الصدارة لأوفرها قبولاً لدى القاضي، واكثرها إقناعا له وهذا النظام هو السائد في التشريعات المعاصرة[2] .

وقد قيل: إن من مميزات هذا النظام انه يوازن بين حماية الحرية الفردية بعدم إدانة البريء، وبين حماية حق المجتمع في أن لا يفلت مجرم من العقاب[3] . ولكن يؤاخذ على هذا النظام انه، اهدر دقة القواعد القانونية الخاصة بعبء الإثبات في المواد الجنائية الناتج عن اصل البراءة. فطالما أن القاضي حر في عقيدته، فلا يهم ان يكوّن عقيدته من اي دليل مقبول في الإثبات الجنائي، فكل الأدلة مقبولة، ولها من حيث المبدأ ذات القيمة، سواء كانت شهادة الشهود، أو اعتراف المتهم، أو مستندات، أو قرائن الإثبات[4] .

وهناك نظام ثالث يحاول التوفيق بين النظامين السابقين، فلا يأخذ بأي من النظامين على إطلاقه.

---

(1) الدكتور عبد الرءوف مهدي ، المرجع السابق نفسه ، ص ١١.

(2) وقد ساد نظام الأدلة القانونية حيناً من الدهر ، ثم حل محله نظام الأدلة الإقناعية ولا يعني ذلك ان احدهما صحيح والآخر فاسد فلكل منهما مزاياه وعيوبه ، وقد تقبل الفكر القانوني كلا النظامين في حقبة من التاريخ. وقد سبق القول بأن التشريعات المقارنة قد اخذت في العصر الراهن بنظام الأدلة الإقناعية كقاعدة عامة. انظر، الدكتور عوض محمد عوض ، " المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية " ، مرجع سابق ، بند ٦٦٢ ، ص ٦٦٥ . وانظر تفصيلا، الدكتور السيد محمد حسن شريف، " النظرية العامة للإثبات الجنائي "، مرجع سابق، ص ٦٤ وما بعدها.

(3) الدكتور عبد الرءوف مهدي، المرجع السابق، ص ١٢.

(4) انظر ، الدكتور عبد الرءوف مهدي، المرجع السابق نفسه، ص ١٢. والهامش رقم ١٤ و١٥.

ومن اوجه التوفيق بينهما ما ذهب إليه البعض[1] من ان القاضي الجنائي لا يمكنه الحكم بالإدانة، ما لم تقم على المتهم الأدلة التي حددها القانون. وفي ذات الوقت عدم الحكم بالإدانة، حتى مع قيام توافر الأدلة القانونية إذا لم تتحقق قناعة القاضي الجنائي بالإدانة.

وعوداً إلى التساؤل سابق الطرح عن مدى تقييد حرية القاضي الجنائي في قبول دليل ما، دون غيره للحكم بالإدانة، فإن الإجابة عنه. تتطلب ان نستعرض موقف التشريعات المقارنة من مسألة تقييد حرية القاضي الجنائي في الالتزام بأدلة معينة[2].وذلك على النحو التالي:

١- موقف التشريع الجنائي الإسلامي من تقييد حرية القاضي الجنائي في دليل معين للحكم بالإدانة:

يثار التساؤل حول موقف التشريع الجنائي الإسلامي من نظام أدلة الإثبات الجنائي، وما إذا كان يتبع نظام الأدلة الإقناعية للقاضي الجنائي، أم يتبع نظام الأدلة القانونية.أم انه يتبع كلا النظامين؟

والإجابة عن ذلك محل خلاف بين رجال الفقه الجنائي، فهناك من ذهب إلى أن التشريع الجنائي الإسلامي، قد أخذ بنظام الأدلة القانونية في مجال جرائم الحدود والقصاص، أما في مجال جرائم التعازير - وهي غالبية الجرائم-، فإن القاضي الجنائي غير مقيد بأي قيد، فيجوز له أن يأخذ بأي دليل للحكم بالإدانة، طالما استساغه عقلاً ومنطقاً[3].

---

(1) وهذا الوجه من اوجه التوفيق بين النظامين من اقتراح روبسبير Robespierre والذي طرح في الجمعية التاسيسية الفرنسية في اجتماعها المنعقد في ٤ يناير ١٧٩١ . أشار إليه: الدكتور محمود محمود مصطفى: " الإثبات في المواد الجنائية "، مرجع سابق، ص ١١.

(2) يحسن التنبيه إلى ان هناك اوجه شبه بين تقييد القاضي بأدلة معينة وبين إلزامه بتوقيع عقوبة معينة إذا توافر الدليل المطلوب. فالفكرة في تقييد القاضي الجنائي في الحالتين هي تدارك التعسف أو الخطأ في التقدير مما لا تتحقق معه العدالة بين الأشخاص الذين تماثلت ظروفهم. غير انه من ناحية اخرى يؤدي تقييد القاضي بعقوبة واحدة أو ذات حد واحد او بادلة معينة إلى مجافاة العدالة ، ذلك انه في الجريمة الواحدة لا تتماثل ظروف المتهمين فيها وليس في وسع المشرع ان يضع عقوبة لكل ظرف ، كما يصعب عليه ان يضع دليل محدد لكل جريمة لان الدليل المطلوب قد لا يكون مطابقاً للحقيقة وبالتالي لا مناص من إفساح المجال للقاضي الجنائي في تقدير الدليل وفي تقدير العقوبة. انظر: الدكتور محمود محمود مصطفى: " الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن "، مرجع سابق، ص ١٠.

(3) انظر : الدكتور محمود محمود مصطفى: المرجع السابق نفسه، ص ٣١. الدكتور سامح السيد احمد جاد: " حدود سلطة القاضي الجنائي في تفسير دليل الإدانة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

ولكن هناك من يرى[1] أن التشريع الجنائي الإسلامي . وإن كان يميز بين جرائم الحدود والقصاص من ناحية، وجرائم التعازير من ناحية أخرى، فإن ذلك يرجع إلى أن الشارع قد تحوط في جرائم الحدود والقصاص، نظراً لخطورتها على الأنفس، والأعراض، والأموال، فشدد في أدلة الإدانة فيها. إلا أنه لا يمكن القول، بأن التشريع الإسلامي يأخذ بنظام الأدلة القانونية في شأن جرائم الحدود والقصاص، دون جرائم التعازير. ويقيم هذا الرأي حجته بعدة اعتبارات. نوردها على النحو التالي:

أ- أن جرائم الحدود والقصاص محدودة النطاق، إذا ما قورنت بجرائم التعازير، بما مؤداه. أن الغالب في هذا الشأن إنما يتمثل في جرائم التعازير. وأن تحديد نظام ما يكون بالنظر إلى ما يسود الجانب الأكبر فيه من خصائص.

ب- أنه حتى في إطار جرائم الحدود والقصاص لا يمكن القول: بأن التشريع الإسلامي يأخذ في شأنها بنظام الأدلة القانونية. إذ من المعروف أن هذا النظام الأخير إنما يقوم على ركيزتين، تتمثل الأولى في تحديد وسائل الإثبات التي يعتمد عليها القاضي في تكوين عقيدته، وتتمثل الثانية في تحديد القيمة القانونية لكل دليل. فهناك أدلة كاملة، وأخرى ضعيفة. وثالثة أنصاف الأدلة. ولكل من هذه الفئات الثلاثة دورها الذي يحدده القانون سلفاً. ولا دور للقاضي في هذا الشأن، سوى التحقق من توافر شروط كل دليل. ولا يمكن القول، بأن إثبات جرائم الحدود والقصاص تنطبق عليها خصائص نظام الأدلة القانونية ،على النحو المشار إليه، حيث يقول الله- تعالى- في محكم التنزيل: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً ﴾[2]. فالحكم بالعدل بين الناس لا يتحقق، إلا إذا قضى القاضي، تبعا لاقتناعه، حتى مع تقييد الوسائل التي يستعين بها لتكوين هذا الاقتناع.

وضرب هذا الرأي مثلاً بجريمة الزنا - وهي تمثل أقصى تقييد لأدلة الإثبات- حيث تثبت بإحدى وسيلتين : الشهادة، أو الإقرار. وفي الشهادة على الزنا، اشترط الشارع

المصري والإماراتي" ، مجلة الأمن والقانون ، صادرة عن كلية شرطة دبي ، السنة الخامسة العدد الأول- شعبان ١٤١٧هـ يناير ١٩٩٧ ، ص ٣٦٢ .

([1]) انظر في هذا الرأي : الدكتور السيد محمد حسن شريف، " النظرية العامة للإثبات الجنائي "، مرجع سابق، ص ٣٦- ٤١.

([2]) سورة النساء ، الآية ٥٨ .

لإقامة الحد. توافر أربعة شهود رجال عدول احرار مسلمين[1]. وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا، واختلفوا في المزني بها، أو في المكان، او في الوقت بطلت شهادتهم[2].

واما الإقرار، فهو ان يقر المقر اربع مرات بالزنا[3]. وفي كلتا الوسيلتين لا يمكن القول بأن مجرد توافر العدد المطلوب من الشهود. أو إقرار الجاني يلزم القاضي بتوقيع العقوبة[4]

والظاهر، أن الراي الأول، القائل بأن التشريع الجنائي الإسلامي، قد اخذ بنظام الأدلة القانونية في مجال الحدود والقصاص، هو الراي الصائب. ولا ضير في أن الشارع الحكيم قد حصر الأدلة التي يستطيع القاضي الجنائي أن يستمد منها قناعته خلافاً لمبدأ الاقتناع القضائي الذي يجيز للقاضي أن يستمد اقتناعه من أي دليل شاء. وهذا القيد يمثل استثناءاً من القاعدة العامة التي تقضي بأن القاضي حر في اختيار الدليل الذي يرتاح إليه ضميره. وهذا القيد في جرائم مخصوصة قدر الشارع الحكيم خطورتها.

ومن اللازم ذكره أن نظام الأدلة القانونية في مجال الجرائم الحدية، قد قصد به تحقيق مصلحة المتهمين، فلا يحكم بعقوبة، إلا بناء على أدلة قدر الشارع أن فيها من الثقة ما يدعو العامة لتصديقها، وبالتالي وصلت دلالتها درجة اليقين، بحيث إذا خالطها أدنى شبهة، يدرأ فيها الحد[5]. وفي مجال القصاص أيضا خصها الشارع الحكيم بدليل محدد وهو الشهادة أو الإقرار[6]، ووضع الشارع قيود وضمانات لتوقيع عقوبة

---

(1)وقول الشاهد راينا ذكره في فرجها كالمرود في المكحلة، هو زيادة بيان، وليس بشرط. انظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين ، النووي (يحي بن شرف)، دار الفكر ، جـ ١٠ ، ص ٢٨. المبسوط للسرخسي ، جـ٩ ص ٣٦. تحفة الفقهاء: لعلاء الدين السمرقندي ، دار الكتب العلمية، بدون تاريخ، جـ ٢، ص١٣٧ . تحفة الفقهاء: لعلاء الدين السمرقندي ، دار الكتب العلمية، بدون تاريخ، جـ ٢، ص١٣٧ .

(2)وذلك لأن الزنا فعل يختلف باختلاف المحل والمكان والزمان، وما لم يجتمع الشهود الأربعة على فعل واحد لا يثبت ذلك عند الإمام. انظر : تحفة الفقهاء: لعلاء الدين السمرقندي، جـ ٢، ص١٣٧ .

(3) اختلف الفقهاء حول الإقرار أربع مرات بالزنا، فعند الإمام احمد يكون في أربعة مواطن مختلفة، خلافاً للشافعي الذي يذهب إلى صحة ان يكون الإقرار اربعاً في مجلس واحد. انظر ما سيلي في الفصل الثالث من هذا الباب.

(4) غير ان هناك من الفقهاء من قال بأن القاضي ملزم بالحكم على مقتضى الدليل متى توافرت شروطه فالإمام الكاساني ذهب في بيان حكم الشهادة إلى وجوب القضاء على القاضي لأن الشهادة عند استجماع شرائطها مظهر للحق، والقاضي مأمور بالقضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى: {يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ} . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام الكاساني ، جـ٦ ، ص٤٢٨.

(5) وهذا ما سنتطرق إليه في الفصل التالي من هذه الباب.

(6)انظر : الدكتور أحمد فتحي بهنسي : " نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي " ، دار الشروق ، ط٥ ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٩م ، ص ١٨٠.

القصاص[1].

والجدير بالإشارة أن تقييد القاضي بالأدلة القانونية ليس معناه أن دوره آلي وإنما يقتضي الأمر اقتناعه بالأدلة اقتناعاً يقينياً، فإذا اقتنع بدليل آخر غيرها كالقرائن مثلاً[2]، فإنها تسقط الحد، ويمكن للقاضي أن يعاقب المتهم عقوبة تعزيرية.

٢ - موقف التشريع الجنائي المصري من تقييد حرية القاضي الجنائي في دليل معين:

أورد المشرع الجنائي المصري بعض القيود على حرية القاضي الجنائي في تكوين اقتناعه من أي دليل يشاء، حيث حصر الأدلة التي يستطيع أن يستمد منها اقتناعه استثناءاً من مبدأ الاقتناع القضائي. ومن تلك القيود ما يلي:

أ- ما نصت عليه المادة ٢٧٦ من قانون العقوبات المصري[3] في شأن إثبات الزنا في حق شريك الزوجة، فقد حددت هذه المادة الأدلة التي تقبل وتكون حجة عليه وحصرتها في حالة التلبس بالزنا[4]. والاعتراف[5]، ووجود أوراق صادرة منه، ووجوده

---

[1] حيث اشترط الشارع ضمانات قصوى تتمثل في شهادة شاهدين عدلين يشهدان بارتكاب المتهم الفعل المستوجب للقصاص. وأتاح التشريع الإسلامي تجريح أي من الشهود وذلك بالطعن في شهادة أحدهم أو جميعهم، وذلك بأن ينسب إلي الشاهد أمراً تصح به إقامة الدعوى عليه كحد الزنا أو شرب الخمر أو السرقة. أو قد ينسب إليه أمراً لا تصح به إقامة الدعوى عليه، كأن يقول: إن الشهود فسقه أو مستأجرون. انظر الدكتور أحمد فتحي بهنسي: المرجع السابق، ص١٥٩.

[2] وقد أجمع الفقهاء على أن الأدلة القانونية في جرائم الحدود تثبت بالإقرار وبالشهادة وقد اختلفوا بشأن القرائن ففي جريمة الزنا -على سبيل المثال- إذا وجدت المرأة حاملاً بدون زوج ولا شبهة الزواج رأى أبو حنيفة والشافعي أنه لا حد عليها. وقال مالك: عليها الحد إذا كانت مقيمة غير غريبة إلا أن تظهر إمارات الإكراه بأن تأتي مستغيثة أو صارخة واستدلوا بقول عمر حين قال: " الرجم واجب على كل من زنى من الرجال والنساء إذا كان محصناً وقامت بينة أو كانت المرأة حبلى أو الاعتراف ". وقال الحنابلة: لا تحد بالحمل لأنه يحتمل أنه وطء إكراه أو شبهة والحد يسقط بالشبهات. انظر تفصيلاً: الدكتور أحمد فتحي بهنسي: المرجع السابق نفسه، ص ١٩٦ - ١٩٨.

[3] حيث نصت المادة ٢٧٦ من قانون العقوبات المصري على أنه " الأدلة التي تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هي القبض عليه حين تلبسه بالفعل أو اعترافه أو وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة منه أو وجوده في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم.

[4] يتجه الرأي الغالب إلى أن مدلول التلبس هنا يختلف عن مدلول التلبس المشار إليه في المادة ٣٠ من قانون الإجراءات الجنائية المصري، حيث لا يعتمد في إثبات التلبس بالزنا إلا على ما كان من الأدلة صريحاً ومدلوله قريباً من ذات الفعل إن لم يكن معاصراً له، لا على إمارات وقرائن لا يبلغ مدلولها هذا المبلغ. أما التلبس الوارد في المادة ٣٠ فإنه يضيق من نطاق الإثبات إلى الدرجة التي قد يغدو معها مستحيلاً. انظر: الدكتور محمود نجيب حسني: " الاختصاص والإثبات في قانون الإجراءات الجنائية "، دار النهضة العربية، ١٩٩٢ ص ٨٢، الدكتورة فوزية عبد الستار: " شرح قانون الإجراءات الجنائية "، مرجع سابق، ص ٥٢١. الدكتور السيد محمد حسن شريف: " النظرية العامة للإثبات الجنائي "، مرجع سابق، ص ٣٦٤.

[5] والاعتراف هنا يقصد به الإقرار الصريح الصادر عن شريك الزوجة عينه باقترافه الفعل الذي تقوم-

في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم[1].

وقد ذهب بعض الفقهاء[2] إلى ان نطاق المادة ٢٧٦ من قانون العقوبات يقتصر على شريك الزوجة الزانية، اما الزوجة نفسها فيصح للقاضي أن يعتمد في إثبات زناها على اي دليل يطمئن إليه، ولو لم يكن من بين ما نصت عليه تلك المادة ، وذلك إعمالاً للقاعدة العامة. وكذلك الحال في إثبات زنا الزوج وشريكته، إذ لا يتقيد القاضي في إثبات هذا الزنا بقيود خاصة. ويترتب على هذا القول نتيجة مفادها، جواز أن تدان الزوجة، لاقتناع القاضي بارتكابها الجريمة، ويبرأ شريكها ،لأنه لم يتوافر ضده الدليل القانوني. وهي نتيجة شاذة وغير منطقية . وفق ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية، نظراً لما تتمتع به جريمة الزنا من وضع خاص لا يتصور معه قيامها مع انعدام الجانب الخاص بالشريك[3] .

ويرى بعض الفقه المصري[4] أن الحكمة من تقييد الإثبات ضد الشريك على النحو المبين في المادة السابقة، هي " صون عقيدة القاضي من أن تقع فريسة لتقدير شخصي خاطئ نتيجة دعوى كيدية في موضوع يتصل بالأعراض المصونة شرعاً، لذلك فقد قيد أدلة الإدانة في الحالات التي لا يتصور أن يرقى إليها الشك في حصول

- به الجريمة، ومن ثم لا يعتبر اعترافا الإقرار الصادر من الزوجة على نفسها بالزنا وعلى شريكها في الجريمة. الدكتور محمود نجيب حسني: " الاختصاص والإثبات في قانون الإجراءات الجنائية " ، المرجع السابق، ص ٨٤.

(1) فقد اعتبر المشرع المصري وجود الشريك في المحل المخصص للحريم -دون سبب مشروع- دليلا على اشتراكه في الزنا ومعنى ذلك أن مجرد وجود الرجل الغريب في هذا المكان ليس في ذاته دليلا على الزنا وفقاً للقاعدة العامة من أن الإدانة في الزنا تفترض ثبوت الوطء بأحد الأدلة التي حددها القانون لا بمجرد توافر هذا الدليل فحسب. انظر: الدكتور محمود نجيب حسني:" الاختصاص والإثبات في قانون الإجراءات الجنائية " ، المرجع السابق، ص ٨٦ و٨٧.

(2) الدكتور عوض محمد عوض : " المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية "، مرجع سابق ، ص ٦٦٨.

ويذهب رجال الفقه الجنائي إلى أن الاختلاف بين وضع الزوجة ووضع شريكها من حيث الإثبات يترتب عنه جواز أن تدان الزوجة، لاقتناع القاضي بارتكابها الجريمة ، ويبرأ شريكها لأنه لم يتوافر ضده الدليل القانوني . انظر : الدكتور محمود نجيب حسني : " الاختصاص والإثبات في قانون الإجراءات الجنائية " ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ ص ٨٢.

(3) نقض ١٣ نوفمبر سنة ١٩٨٠ ، مجموعة احكام النقض ، س٣١ رقم ١٩٢ ص٩٩٥ . وانظر: الدكتور عبد الرءوف مهدي : " شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية " ٢٠٠٢، ، مرجع سابق ، ص١٢٦٨.

(4)الدكتور محمود نجيب حسني: " الاختصاص والإثبات في قانون الإجراءات الجنائية " ، المرجع السابق،ص٨٢. الدكتور عبد الرءوف مهدي : " شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية " ، المرجع السابق ، ص١٢٦٨.

الزنا "[1].

ومن الواضح، ان المشرع المصري قد اقام قرائن قوية، ترجح ارتكاب المتهم الفعل، وافترض في حال توافرها قيام الدليل على توافر الركن المادي لجريمة الزنا. والزم القاضي بالحكم بالإدانة، إذا توافرت تلك القرائن. وعلى الشريك، أن يثبت عكس المستفاد من الدليل. فإذا عجز عن إثبات العكس، كان ذلك مدعاة لقيام الركن المادي للجريمة، ومن ثم الحكم بإدانته[2].

وقد سبق لنا انتقاد افتراض الركن المادي للجرائم بوجه عام[3]، لأنه يتناقض مع صل البراءة. وكان الأحرى بالمشرع المصري في جريمة الزنا، أن يحنو حذو التشريع الإسلامي في تقييد الأدلة، بحيث تصل إلى درجة اليقين. فهو تشريع رباني كفيل بحماية مصلحة الفرد، ومصالح المجتمع.

ب- تقييد القاضي الجنائي بطرق الإثبات المدنية إذا توقف الفصل في الدعوى الجنائية على مسالة مدنية:

نصت المادة ٢٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية المصري على ان " تتبع المحاكم الجنائية في المسائل غير الجنائية التي تفصل فيها تبعا للدعوى الجنائية طرق الإثبات المقررة في القانون الخاص بتلك المسائل".

وعلة النص، هو ارتباط قواعد الإثبات بطبيعة الموضوع الذي ترد عليه لا بنوع القضاء الذي يفصل بها؛ لأنه إذا كان القضاء الجنائي، قد اختص استثناء بالفصل في موضوع مدني؛كضرورة للفصل في الدعوى الجنائية، فإن ذلك لا يعد مبرراً للخروج عن قواعد الإثبات المدنية[4].

والمثل الواضح لذلك هو جريمة خيانة الأمانة[5]. فهذه الجريمة تفترض وجود

---

(1) الدكتور محمود نجيب حسني ؛ " الاختصاص والإثبات في قانون الإجراءات الجنائية " ، المرجع السابق ص٨٢.

(2) الدكتور محمد عبد الغريب ؛ " حرية القاضي الجنائي في الاقتناع اليقيني وأثره في تسبيب الأحكام الجنائية" ، النسر الذهبي للطباعة والنشر، ١٩٩٦-١٩٩٧ ، رقم ٢٠، ص٢٩.

(3) انظر ما سبق.

(4) الدكتور محمد عبد الغريب؛ " شرح قانون الإجراءات الجنائية " ، النسر الذهبي للطباعة والنشر الطبعة الثانية ٩٦-١٩٩٧ ،رقم ١٠٩٠ ص ١٣٤٧.

(5) الدكتور عوض محمد عوض ، " المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية " ، مرجع سابق ، ص ٦٦٩.

عقد امانة بين الجاني والمجني عليه، وهذا العقد مسألة مدنية، وسابق على وجود فعل الاختلاس، او التبديد، او الاستعمال الذي تقوم به الجريمة، ولذلك، فإن إثباته يخضع لقواعد الإثبات المدنية[1].

وغني عن البيان، أن مناط التزام القاضي الجنائي بقواعد الإثبات المدني عند إثبات المسائل الأولية، هو أن تكون هذه المسائل مفترضاً للجريمة، وليس ركناً فيها[2]، أما إذا كانت هذه المسائل هي موضوع التصرف الإجرامي. فحينئذ يسترد القاضي الجنائي حريته في الإثبات، ومن ثم يمكنه الاستعانة بجميع الأدلة لإثبات هذا التصرف الإجرامي[3].

ومن الملاحظ، ان تقييد القاضي الجنائي بقواعد الإثبات المدنية. يقتصر فقط على حالة الحكم الصادر بالإدانة، أما إذا صدر الحكم بالبراءة، فله أن يستمد اقتناعه بعدم وجود التصرف القانوني الذي تفترضه الجريمة من أي دليل شاء. وقد عللت محكمة النقض المصرية على ذلك بقولها: " إن القانون لا يقيد المحكمة بالقواعد المدنية إلا عند الإدانة احتياطاً لمصلحة المتهم؛ حتى لا تتقرر مسئوليته، وعقابه، إلا بناء على الدليل المعتبر في القانون، وليس كذلك عند البراءة؛ لانتفاء موجب تلك الحيطة، واسلاساً لمقصود الشارع في، أن لا يعاقب بريء. مهما توافر في حقه من ظواهر الأدلة"[4].

ونخلص مما سبق، إلى أن الحماية الجنائية لأصل البراءة، أملت على المشرع الجنائي، ان يضع بعض الاستثناءات على قاعدة حرية القاضي الجنائي في تكوين اقتناعه من اي دليل شاء -طالما تم تحصيلها طبقا للضمانات المقررة لحماية الحرية الشخصية، حيث فرضت علي القاضي الجنائي قيوداً للحكم بالإدانة على أدلة محددة على عكس البراءة التي يجوز له ان يستمد اقتناعه من اي دليل، ولو كان غير مشروع؛لأن البراءة هي الأصل .

٢- موقف التشريع الجزائي اليمني من تقييد حرية القاضي الجنائي في دليل معين:

لا يختلف موقف التشريع الجزائي اليمني، عن التشريع الجزائي الإسلامي، حيث القاعدة العامة في التشريع اليمني، ان تقدير الأدلة يكون وفقا لاقتناع القاضي الجزائي

---

(1) نقض مصري جلسة ١٩ يناير سنة ١٩٧٥ ، مجموعة احكام النقض ، س ٢٦ ، رقم ١٥، ص ٦٥.
(2) نقض مصري جلسة ٩ ديسمبر ١٩٦٨ ، مجموعة احكام النقض ، س ١٩ ، رقم ٢١٧، ص ١٠٦٢.
(3) الدكتور السيد محمد حسن شريف: " النظرية العامة للإثبات الجنائي "، مرجع سابق، ص٢٧٥.
(4) نقض مصري جلسة ٢١ مارس سنة ١٩٦٩ ، مجموعة احكام النقض ، س ٢٠ ، رقم ٩٢،ص ٤٣٢.

فهو حر في ان يستمد اقتناعه من اي دليل يرتاح إليه وجدانه[1].

واستثناءً من القاعدة العامة فقد وضع المقنن اليمني قيداً على حرية القاضي الجنائي في الحكم بالإدانة في جرائم الحدود والقصاص[2] بالأدلة التي فرضها الشارع الحكيم للحكم بالإدانة. وترتيباً على ذلك، لا يجوز الأخذ بالقرائن القضائية القاطعة في الحدود والقصاص، وإلا كان الحكم باطلاً متعينا نقضه[3].

ومع ذلك نجد أن المقنن اليمني لم يشأ أن يصادر حرية القاضي في الاقتناع ، او أن يخل بمبدأ التوازن بين حماية الحقوق والحريات في عدم إدانة بريء، وحق المجتمع في إفلات مجرم من العقاب، فإذا لم تتوفر الأدلة الموجبة لتطبيق عقوبة الحد، فإنه قد منح القاضي سلطة توقيع عقوبة تعزيرية، متى اقتنع بثبوت الجريمة، ولم تتوافر الأدلة الشرعية.

وفي هذا الخصوص نصت المادة ٢٦٧ من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على أنه " يعزر الزاني والزانية بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات، إذا لم تتوفر الشروط اللازمة لتطبيق عقوبة الحد، أو لم يقم الدليل الشرعي الواجب لتطبيق العقوبة المنصوص عليها في المادة السابقة، متى اقتنعت المحكمة من القرائن القائمة بثبوت الزنا"[4].

---

(1) انظر نص المادة ٢/٣٢١ من قانون الإجراءات الجزائية اليمني.

(2) إثبات القصاص يكون بالإقرار والشهادة. ونصاب الشهادة في التقنين اليمني بالنسبة لجريمة الزنا اربعة شهود وبالنسبة لسائر الحدود والقصاص يكون شاهدان. ويشترط أن يكون الشهود مستكملين للشروط الشرعية والقانونية والمنصوص عليها في المادة ٢٧ من قانون الإثبات الصادر بقرار جمهوري بالقانون رقم ٢١ لسنة ١٩٩٢ وتعديلاته بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٩٦. وأهمها القطع واليقين في الشهادة وبالتالي إذا كانت الشاهدة في جرائم القصاص لا تتوافر فيها اليقين فلا يجوز الحكم بالقصاص وإن توافرت قرائن قضائية قاطعة وإنما يجوز للقاضي أن يخفف العقوبة و يكتفي بفرض الدية على المتهم. وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا اليمنية بأن " ما حكمت به المحكمتان الابتدائية والاستئناف بلزوم إجراء القصاص على المدعى عليه استناداً إلى ما تضمنته الشهادات المقدمة إليها ، حيث إن تلك الشهادات لا تقطع على وجه اليقين على حدوث القتل من المدعى عليه للمجني عليه ونظراً لكون الحادث وقع ليلا والإضاءة معدومة كما جاء في شهادة بعض الشهود ولعدم الاطمئنان إلى تحقيق الرؤية التي يتوقف عليها حكم القصاص لذلك كله فإن ما حكمت به المحكمتان بلزوم إجراء القصاص بالمدعي عليه غير صحيح ، الأمر الذي يستوجب معه تعديله وبإلزام المتهم بدفع دية عمد .. " الحكم رقم ١١٩/ ١٤١٩هـ في ٢٢ رجب سنة ١٤١٩ هـ الموافق ١١فبراير ١٩٩٨الصادر عن الدائرة الجزائية . أشار إليه الدكتور حسن علي مجلي : " المحاكمة في قانون الإجراءات الجزائية اليمني ، ط٣، ١٤٢٣هـ ٢٠٠٢م ، ص ١٧٢ الهامش رقم ١.

(3) حكم المحكمة العليا اليمنية رقم ٩١ لسنة ١٤٢٠هـ المؤرخ في ١٥ رجب ١٤٢٠. أشار إليه الدكتور حسن علي مجلي : " المحاكمة في قانون الإجراءات الجزائية اليمني ، ط٣ ، ١٤٢٣هـ ٢٠٠٢م ، ص ١٧٣ الهامش رقم ١

(4) قرار جمهوري بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤ بشأن الجرائم والعقوبات وتعديلاته بالقانون رقم ١٦ لسنة ١٩٩٥ ،مجموعة القوانين الجزائية الموضوعية والإجرائية ، صادر عن وزارة العدل اليمنية ، الطبعة الأولى ٢٠٠٣ ، ص ٩٠

المبحث الثالث

مدى تطلب الإجماع القضائي لهدم أصل البراءة

لما كان أصل البراءة يستوجب لنقضه، أن يصل اقتناع القاضي الجنائي إلى حد الجزم واليقين، فإن التساؤل المثار في هذا الصدد، هو مدى تطلب الإجماع في الأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة.

وللإجابة عن هذا التساؤل يجدر بنا، أن نبين أولاً موقف القانون من موضوع الإجماع، ثم نوضح موقف الفقه من هذا الشرط، وذلك على النحو التالي:

أولا : موقف القانون من مسألة الإجماع القضائي :

١- في القانون الفرنسي:

نص المشرع الفرنسي على ضرورة توافر أغلبية خاص للحكم الصادر بالإدانة، حيث نصت المادة ٣٥٩ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي على أن: " كُلّ حكم يصدر ضد المتهم، يجب أن يتشكل بأغلبية ثمانية أصوات على الأقل، عندما يصدر عن محكمة الجنايات في محكمة أول درجة. ويكون بأغلبية عشرة أصوات على الأقل عندما يصدر عن الدائرة الجنائية لمحكمة الاستئناف"[1].

ويعلق أحد الفقهاء[2] على هذا النص في إطار الحديث عن أصل البراءة بقوله:إن اشتراط الأغلبية الخاصة للحكم بالإدانة هو تعبير عن حماية المتهم. فالقرار ضد مصلحة المتهم لا يكون معتداً به -وفقاً للتعديلات التي أدخلت على نص المادة ٣٥٩ سالفة الذكر-، إلا إذا صدر بأغلبية ثمانية أصوات من أصل اثني عشر صوتا في محكمة الدرجة الأولى، وأغلبية عشرة أصوات من أصل اثني عشر صوتا في محكمة

---

(1)Article 359: du Code de procédure pénale: (Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 art. 23 Journal Officiel du 23 décembre 1992 en vigueur le 1er mars 1994) (Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 79 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001)

Toute décision défavorable à l'accusé se forme à la majorité de huit voix au moins lorsque la cour d'assises statue en premier ressort et à la majorité de dix voix au moins lorsque la cour d'assises statue en appel.

(2)Albert CHAVANNE :" *La protection des droits de l'homme dans la procédure* pénale la phase du jugement ,deuxième conférence du groupe égyptien de l' A.I.D.P. Alexandrie AVRIL 9-12 1988 P.229.

الجنايات الاستئنافية.

ووفقاً لأصل البراءة، فإنه إذا تساوت الأصوات، أو كانت الأغلبية بسيطة، فإن معناه، وجود شك، وبالتالي لا يجوز الحكم بالإدانة.

ومن الواضح أن القانون الفرنسي لا يشترط الإجماع في الأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة، وإن كان قد اشترط أغلبية خاصة لذلك.

وهذا النظام هو المتبع في بعض الولايات الأمريكية، كولايتي " لويزيانا Louisiana و اوريغون Oregon " حيث تصدر هيئة المحلفين قرارها القاضي بالإدانة أو البراءة بأغلبية الآراء، ففي ولاية " لويزيانا" يكفي لصحة حكمها صدور ه بأغلبية تسعة اعضاء من أثني عشر عضواً. وفي ولاية أوريغون بأغلبية عشرة أصوات من أثني عشر صوتاً عدا الجنايات ذات الخطورة الكبيرة حيث يجب أن يكون الحكم فيها بالإجماع[1]

وجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي لم يشترط الإجماع في حالة صدور حكم بعقوبة اشد من محكمة الاستئناف، واكتفى بالأغلبية المطلقة la majorité absolue والتي بيناها سابقاً ، وهي أغلبية عشرة أصوات على الأقل من أصل اثني عشر صوتاً هم مجموع المحلفين الذين يتولون الحكم في محكمة الجنايات الاستئنافية[2].

٢- في القانون المصري:

لم ينص المشرع المصري في قانون الإجراءات الجنائية على شرط الأغلبية في إصدار الأحكام الجنائية بشكل صريح، واكتفى بالنص عليه في قانون المرافعات المدنية والتجارية[3]. غير أنه اشترط إجماع الآراء في حالتين، هما: حالة صدور حكم

---

(1)Gerald D.Robin :" Introduction to the Criminal Justice System ,Harper,Row publishers, new York, 1987, p313 et ss.

(2)Y.JACOB: " La réforme de la cour d'assises : une deuxième chance pour le condamné", R.Pén.D.P. N°1, AVRIL 2001,p 158 et s.

Hervé Temime:" L'appel des arrêts d'assises, Dalloz, R.S.C. N°1, janv.-mars 2001, P.83 et s.

(3) تنص المادة ١٦٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أن : " تصدر الأحكام بأغلبية الآراء فإذا لم تتوفر الأغلبية و تشعبت الآراء لأكثر من رأيين وجب ان ينضم الفريق الأقل عدداً او الفريق الذي يضم أحدث القضاة لأحد الرأيين الصادرين من الفريق الأكثر عدداً و ذلك بعد اخذ الآراء مرة ثانية.

بالإعدام، وحالة صدور حكم الاستئناف بعقوبة أشد، أو إلغاء حكم البراءة.

وسوف نناقش هاتين الحالتين على النحو التالي:

أ- في حالة صدور حكم بالإعدام:

نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨١ على أنه " ولا يجوز لمحكمة الجنايات أن تصدر حكما بالإعدام إلا بإجماع آراء أعضائها..."[١] .

وقد ذهب بعض الفقه الجنائي المصري[٢] إلى أن الحكمة من اشتراط الإجماع عند الحكم بالإعدام ، لخطورة هذه العقوبة، وما تقتضيه من ضرورة التيقن من استحقاق المتهم لها، والتيقن من جدية مبرراتها. كما أن إجماع قضاة الحكم على عقوبة الإعدام يمثل ضمانة خاصة تضاف إلى الضمانات العامة المقررة لكل متهم[٣].

والواقع أن اشتراط الإجماع الوارد بالنص ليس فقط المقصود منه مجرد تنبيه من المشرع إلى خطورة عقوبة الإعدام، **وإنما يحمل هذا الشرط معنى عميق يتمثل في عدم هدم أصل البراءة، إلا إذا وصل الاقتناع اليقيني إلى الحد الذي يكون محلا لإجماع قضاة الحكم بالإدانة.**

ب- في حالة استئناف الحكم وصدور الحكم المستأنف بعقوبة أشد، أو عند إلغاء الحكم الصادر بالبراءة المقضي بها في أول درجة:

بداية يجدر الإشارة إلى أن صدور حكم أشد من محكمة الاستئناف، أو إلغاء

---

(١) وينص الشطر الثاني من نص المادة ٣٨١ أ. مصري. على أنه " ويجب عليها قبل أن تصدر هذا الحكم أن تأخذ رأى مفتى الجمهورية، ويجب إرسال أوراق القضية إليه .فإذا لم يصل رايه إلى المحكمة خلال العشرة الأيام التالية لإرسال الأوراق إليه، حكمت المحكمة في الدعوى .ولا يجوز الطعن في أحكام محاكم الجنايات إلا بطريق النقض أو إعادة النظر.(معدلة بالقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٢).وأخذ رأي المفتي ضمانة شكلية لا تعود على المتهم بمنفعة حقيقية، ذلك ان رأي المفتي غير ملزم للمحكمة، بل إنها لا تلتزم بالرد عليه إذا خالفته. انظر نقض ٩ يناير ١٩٣٩، مجموعة القواعد القانونية، جـ ٤ ص٤٢٤ رقم ٣٢٧ . ونقض ٢٦ مايو ١٩٥١، مجموعة أحكام النقض، س٢ رقم ٤٠٨، ص١١٢٠. وانظر الدكتور عوض محمد عوض ، " المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية " ، مرجع سابق ، رقم ٦٥١ ص٦٥٥.

(٢) انظر، الدكتور محمود نجيب حسني : شرح قانون الإجراءات الجنائية " ،ط ١٩٨٢، مرجع سابق ، رقم ١٠٥٧ ، ص ٩٢٥. الدكتور فوزية عبد الستار : " شرح قانون الإجراءات الجنائية " ، ط ١٩٨٦ ، مرجع سابق ، رقم ٥٣٢ ص ٦٠٤. أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور: " إجماع الآراء عند الحكم بعقوبة الإعدام " تعليق على حكم محكمة النقض المصرية في ٢٧ نوفمبر ١٩٦٢، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة مارس ١٩٦٣.

(٣) الدكتور عوض محمد عوض : " المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية " ، المرجع السابق ، رقم ٦٥١ ص ٦٥٥.

حكم البراءة الصادر من محكمة الموضوع لا يجب أن يحدث، إلا إذا كان الاستئناف مرفوعاً من النيابة العامة[1]. وان يكون الحكم صادراً بالإجماع.

وفي هذا الصدد، نصت الفقرة الثانية من المادة ٤١٧ من قانون الإجراءات الجنائية المصري[2] على أنه " إذا كان الاستئناف مرفوعا من النيابة العامة، فللمحكمة أن تؤيد الحكم،أو تلغيه، أو تعدله، سواء ضد المتهم أو لمصلحته. ولا يجوز تشديد العقوبة المحكوم بها ولا إلغاء الحكم الصادر بالبراءة، إلا بإجماع آراء قضاة المحكمة".

وقد جرى الفقه على اعتبار هاتين المسألتين " العقوبة الأشد، وإلغاء حكم البراءة"، بمثابة مسألة واحدة؛ لورودهما في عين نص الفقرة الثانية من المادة ٤١٧ سالفة الذكر[3].

ويبرر الفقه الجنائي هذا النص بقولهم: إن تشديد العقوبة ، أو إلغاء البراءة في الاستئناف، يشكل إضراراً بمركز المتهم، ولهذا كان اشتراط الإجماع؛ وذلك استناداً إلى ما جاء في المذكرة التفسيرية لمشروع قانون الإجراءات الجنائية، قبل إقراره، حيث جاء فيها " إن رأي قاضي أول درجة، يجب أن يكون محل اعتبار عند الفصل في الدعوى استئنافاً ، فإذا كان رأي أحد قضاة الاستئناف مطابقاً لرأيه فلا يجوز إلغاء البراءة، أو التشديد في العقاب؛لأنه إذا كان هناك محل للترجيح، فإنما ترجح كفة الرأي الذي يشترك فيه القاضي الذي أجرى تحقيقاً في الدعوى، وسمع الشهود بنفسه وهو القاضي الجزئي ، فضلاً عما في ذلك من مراعاة لمصلحة المتهم "[4].

ولكن هناك لفتة هامة، ومعنى عميق عبر عنه النص يتجاوز معنى الترجيح الحسابي؛ وهو أن موقف المتهم أمام محكمة الاستئناف، لا يتغير عما كان عليه أمام

---

(1) أما إذا كان الطعن مرفوعاً من المتهم فلا يجوز أن يضار المتهم بطعنه.ويظهر ذلك من نص المادة ٤١٧ أ.ج. حينما نصت بأن " .. أما إذا كان الاستئناف مرفوعا من غير النيابة العامة فليس للمحكمة إلا أن تؤيد الحكم أو تعدله لمصلحة رافع الاستئناف

(2) معدلة بالقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٢.

(3) انظر : د . عمر الفاروق الحسيني ، " مدى تعبير الحكم بالإدانة غير الصادر بالإجماع عن الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي " ،مرجع سابق ،رقم ٥٢ ص ١١١ .

(4) المذكرة التفسيرية لمشروع قانون الإجراءات الجنائية . وانظر أيضاً : الدكتور محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية " ط ١٩٨٢، المرجع السابق ، رقم ١٠٥٨ ، ص ٩٢٦. الدكتور فوزية عبد الستار ، " شرح قانون الإجراءات الجنائية " ، ط ١٩٨٦ ، مرجع سابق ، رقم ٥٢٢ ص ٦٠٤. د . عمر الفاروق الحسيني ، " مدى تعبير الحكم بالإدانة غير الصادر بالإجماع عن الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي " ،مرجع سابق ، رقم ٥٢ ص ١١١ .

محكمة الدرجة الأولى، حيث يضل فيه المتهم مستصحباً أصل البراءة الذي لا يهدمه سوى الحكم البات الصادر بالإدانة، وهو حكم ينبغي أن يبنى على الجزم واليقين الذي يصل إليه كافة قضاة المحكمة.

وإذا كان القانون قد اشترط الإجماع القضائي في الحالات المحددة آنفا، وفقاً للعلة التي اقتضتها مثل تلك النصوص، فإن هذه العلة متوافرة أيضاً في أحكام الإدانة التي تصدر عن محكمة الجنايات عموماً، أي حتى لو لم تكن صادرة بالإعدام[1]،لأن الموضوع يتصل بتكوين عقيدة القاضي، ودرجة اليقين الذي يصل إليه، وليس بشكل الحكم، أو صورته. وإذا كان شرط الإجماع قد حسم في مسائل الاستئناف بمقتضى نص المادة ٤١٧ أ.ج. ولم يتبق منها سوى حالة تأييد الحكم الصادر من أول درجة ، وهي في هذه الحالة لا تصدر حكماً بالإدانة ، لكنها تؤيد حكماً صادراً بالإدانة[2]، غير أن المشكلة تكاد تنحصر في أحكام الإدانة الصادرة من محاكم الجنايات في غير حالات الإعدام.

والظاهر أن محكمة الجنايات أولى بقاعدة الإجماع، خصوصاً وأن الجنايات في مصر تنظر على درجة واحدة في القانون المصري، وليس على درجتين[3] كما هو الحال في القانون اليمني، والقانون الفرنسي وفقاً للتعديلات التي أدخلت عليه بموجب قانون تدعيم " قرينة" البراءة الصادر في ١٥ يونيه ٢٠٠٠[4].

٢- في القانون اليمني:

لم يتطلب التشريع الجزائي اليمني الإجماع في الأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة، ولكنه اكتفى بشرط الأغلبية في إصدار الأحكام الجنائية. ويتفق بذلك مع التشريع المصري والفرنسي في هذا الشرط.

---

(1) الدكتور عمر الفاروق الحسيني : " المرجع السابق نفسه ، رقم ٥٢ ص ١١١ .

(2) الدكتور عمر الفاروق الحسيني : المرجع السابق نفسه ، رقم ٥٢ ص ١١٣ .

(3) الدكتور المرجع السابق نفسه ، ص١١٣و ١١٤.

(4) كان التقاضي في القانون الفرنسي على درجة واحدة وقد قيل في تبرير ذلك أن تشكيل المحكمة كان يحوي على تسعة محلفين من عامة الشعب وثلاثة قضاة متخصصين ، لذلك فقد كان حكمها موصوفاً بأنه حكم الشعب وأن الشعب لا يخطأ ، ولهذا كان لا يجوز الطعن في أحكامها ، وقد ظل هذا الأمر مثار جدل شديد على مدار عقود طويلة وازدادت حدته في العقد الأخير على خلفية ثبوت أخطأ في تقدير ثبوت الجريمة على مرتكبها ، ومن أشهر القضايا التي حدث فيها مثل هذا الخطأ قضية للغربي " عمر رداد " والذي حكمت عليه المحكمة خطأ بالأشغال الشاقة المؤبدة .
وفقاً للتعديلات التي أدخلها المشرع الفرنسي على قانون الإجراءات الجنائية بموجب قانون تدعيم " قرينة " البراءة لسنة ٢٠٠٠ فقد أقر حق الشخص في التقاضي على درجتين.

وفي هذا الصدد، نصت المادة ٢/٣٦٩ من قانون الإجراءات الجزائية، على انه : " تصدر الأحكام بأغلبية الآراء، ولأصحاب راي الأقلية إيداع تحفظهم، بأسباب مستقلة مؤيدة لرايهم بمسودة الحكم، وتودع بملف القضية، ويحضر اطلاع اي شخص على المسودة، وما تحتويه من آراء، ولا يؤثر ذلك على مصلحة الحكم ونفاذه. وفي جميع الأحوال لا تسلم للخصوم صورة من راي الأقلية "[1].

ويتبين من هذا النص أن المشرع اليمني قد اكتفى براي الأغلبية في الأحكام الجنائية الصادر بالإدانة، من محكمة الدرجة الأولى. وإذا كان النص لم يحدد كيفية حسم الآراء المتشعبة[2]، فإن المادة ٢٢٦ من قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني[3]، قد تصدت لهذا الإشكال، حين نصت على ان " تصدر الأحكام بأغلبية الآراء. فإذا تشعبت الآراء، وجب على الفريق الأقل عدداً، أو الذي يضم احدث القضاة، أن ينضم إلى أحد الرايين الصادرين، أو الأكثر عدداً. وذلك عند اخذ الراي مرة ثانية.

ولكن المشرع اليمني اشترط إجماع أراء القضاة في حالة صدور حكم من محكمة الاستئناف بعقوبة أشد مما حكم به في أول درجة، أو بإلغاء الحكم الصادر بالبراءة. واستثنى من ذلك الاختلاف حول مسألة قانونية[4]. وهو ما يتفق مع القانون المصري في هذا الشأن.

ثانياً- موقف الفقه من موضوع الإجماع القضائي على الحكم الصادر بالإدانة :

ثار جدل فقهي حول اشتراط الإجماع في حالة الحكم الصادر بالإعدام، وكذلك في حالة الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بتشديد العقوبة، أو إلغاء حكم محكمة الدرجة الأولى الصادر بالبراءة. حيث انقسم الفقه في هذا الشأن إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: ذهب انصاره إلى أن شرط الإجماع هنا، هو استثناء من قاعدة

---

(1) قانون الإجراءات الجزائية اليمني ، مرجع سابق.

(2)مع العلم أن المشرع اليمني جعل تشكيل محكمة الدرجة الأولى " الابتدائية" من قاضي فرد ويجوز في حالة توافر عدد كاف من القضاة أن تؤلف من ثلاثة قضاة " المادة "٤٤" من قانون السلطة القضائية.وتتألف هيئة الحكم في محكمة الاستئناف من ثلاثة قضاة " المادة ٤٢ من قانون السلطة القضائية".

(3) قانون رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٢ بشأن المرافعات والتنفيذ المدني، مجموعة القوانين المدنية الموضوعية والإجرائية الصادر عن وزارة العدل اليمنية، الطبعة الأولى ٢٠٠٣ ، الكتاب الثالث ، ص٢٩٢.

(4) انظر: نص المادة ٤٢٦ من قانون الإجراءات الجزائية اليمني ، سبق الإشارة إليها.

الأغلبية المنصوص عليها في المادة ١٦٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية[١]، والتي يكفي توفرها لصحة الأحكام[٢].

الاتجاه الثاني : ذهب اتباعه إلى ان قاعدة الإجماع في حكم الإدانة في المسائل الجنائية والواردة في الحالات المنصوص عليها صراحة في قانون الإجراءات الجنائية، هي القاعدة، وليست الاستثناء. وهي قاعدة لا تقبل الاستثناء[٣].

ويدلل هذا الراي على سلامة مسلكه بقوله: إن قاعدة الأغلبية الواردة في المادة ١٦٩ من قانون المرافعات المصري، هي في جوهرها قاعدة مدنية، لا ترسم شكل الحكم الواجب استيفاؤه، وإنما ترتبط بموضوع الإثبات المدني. وبالتالي فهي لا تتفق مطلقاً مع الإثبات الجنائي. والدليل على ذلك أن المشرع قد اشترط صراحة الإجماع في عدة مسائل جنائية بينما لم يشترطه في أية مسألة مدنية .

ثم يسوق هذا الراي دليلاً آخر على، أن قاعدة الأغلبية التي نصت عليها المادة ١٦٩ هي قاعدة مدنية، وليست جنائية بقوله: إن المادة المذكورة تتصور أن الآراء يمكن أن تتشعب إلى أكثر من رايين. ولا يتصور ورود ذلك في المسائل الجنائية، ولا يعرف الحكم الجنائي سوى الإدانة، أو البراءة.

ومن ناحية اخرى، يؤيد هذا الاتجاه موقفه بدليل يعتقد أنه محل اتفاق، وهو أن عقيدة القاضي الجنائي لا تتكون عند أخذ الأصوات، أو الآراء، ولا تتغير هذه العقيدة عند إعادة أخذ الأصوات، أو تلك الآراء مرة اخرى، او حتى لعدة مرات، ما دام احاط بالدعوى، والمَّ بكافة جوانبها، ولو قلنا بغير ذلك لكنا نفرض على القاضي قيداً يخالف صريح المادة ٣٠٢ من قانون الإجراءات الجنائية المصري التي نصت على أنه:" يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته.. ". فإذا اعتبرنا أن نص المادة ١٦٩ مرافعات هو الأصل، فهو يوجب ، في حال تشعبت الآراء لأكثر من رايين، ان " ينضم الفريق الأقل عدداً، او الفريق الذي يضم احدث القضاة لأحد الرايين الصادرين من الفريق الأكثر عدداً، وذلك بعد أخذ الآراء مرة

---

(١) وهذه المادة تقضي بصدور الأحكام بالأغلبية ، وترسم طريقة الحصول على الأغلبية المطلوبة.

(٢) انظر: الدكتور عوض محمد عوض : " المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية " ، مرجع سابق ، ص ٦٥٥.

(٣) انظر: الدكتور عمر الفاروق الحسيني : " مدى تعبير الحكم بالإدانة غير الصادر بالإجماع عن الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي " ،مرجع سابق ، رقم ٥٤ ص ١١٤ -١٢٥ .

ثانية". وتوصلنا هذه العبارة إلى نتيجة مؤداها، مصادرة العقيدة التي تكونت لدى هذا الفريق الآخر، وبالتالي فليس من الممكن القول في هذه الحالة، بأن القاضي قد حكم في الدعوى بحسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته [1].

ومن أجل ذلك صح القول عند هذا الفقه، بأن الإجماع في حكم الإدانة في المسائل الجنائية، هو فعلاً استثناء على قاعدة الأغلبية في المسائل المدنية، ولكنه هو الأصل في الحقيقة في المسائل الجنائية. وبالبناء عليه فإن قاعدة الإجماع الواردة في الحالات المنصوص عليها صراحة في قانون الإجراءات الجنائية، هي القاعدة في أحكام الإدانة في المسائل الجنائية وليست الاستثناء فيها، وهي قاعدة لا تقبل الاستثناء.

رأي الباحث:

بدورنا نشارك الرأي الثاني فيما ذهب إليه، ونستند في شرط الإجماع في الأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة على أصل البراءة. حيث لا سبيل إلى نقض هذا الأصل إلا بأدلة بلغت مبلغ الجزم واليقين الذي تستخلصه المحكمة، وتتكون منها جماعها عقيدتها.

ولا شك أن إجماع قضاة الحكم على الإدانة لهو دليل على توافر اليقين القضائي لديها. وهذا بيت القصيد، ذلك أن الشك يظل قائما ما لم يتم الإجماع على الإدانة.

وتوضيحاً لأهمية الإجماع في الأحكام الصادرة بالإدانة، نضرب مثلاً : لو أن قضاة المحكمة الابتدائية كان عددهم ثلاثة قضاة - وهو واقع فعلا في مصر -، فإن غالبية هؤلاء الثلاثة هم اثنان إلى واحد فهذا يعني أن هناك شكاً بنسبة ٣٣٪ تقريباً، وهذا الشك له خطورته في حالة صدور حكم بالإدانة على إنسان الأصل فيه البراءة ولا عبرة بجسامة الجريمة بعد ذلك.

ولو افترضنا أن المحكمة الابتدائية كانت مشكلة من قاض واحد- كما هو

---

(1) ويعقب الدكتور عبد الوهاب حومد على قاعدة الأغلبية في الأحكام الجنائية المنصوص عليها في المادة ١٦٩ من قانون المرافعات، حيث يقول: " ... ويتم اتخاذ القرار بالأغلبية، فإذا تشعبت الآراء ولم تتحقق الأغلبية وجب ان ينضم أحدث القضاة لأحد الرأيين الآخرين.. وهذا أقصى ما توصلت إليه عدالة الإنسان ، وهي عدالة ناقصة جداً ، فلنفرض ان أحد القضاة كان من رأيه إعدام المتهم وكان الرأي الآخر يري تبرئته لأنه يعتقد انه كان في حالة دفاع شرعي ، فيكون رأي القاضي حديث السن وقليل الخبرة هو الذي سيبت في مصير هذا الإنسان . وما أقساه من وضع !". راجع الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية الطبعة الرابعة ١٩٨٩ ، مطبوعات جامعة الكويت ، ص ٣٠٢.

معمول به في اليمن-. وكان هذا القاضي هو الطرف الرافض للحكم بالإدانة، أو على الأقل المخفف للحكم، فإن هذا يوصلنا إلى نتيجة مؤداها، ان المتهم حين يحاكم امام قاضي فرد يكون في مركز افضل من محاكمته امام ثلاثة قضاة[1].

ونخلص من ذلك إلى أن اليقين القضائي هو الأساس في أحكام الإدانة، فإذا وجد شك فإنه يفسر لمصلحة المتهم -وهو ما سنبينه في الفصل التالي- وإذا كان هناك احتمال للخطأ، فإن الخطأ في العفو خير من الخطأ في العقوبة.

وختاماً فإن الحماية الجنائية الدستورية لأصل البراءة تقتضي أن يتدخل المشرع اليمني بتعديل نص المادة ٢/٣٦٩ من قانون الإجراءات الجزائية،و التي تشترط الأغلبية في إصدار الأحكام الجنائية، ليصبح شرط الإجماع في الأحكام الصادرة بالإدانة هو القاعدة. ويستوي شرط الإجماع على الأحكام الصادرة بالإدانة من محكمة أول درجة " المحكمة الابتدائية "[2]، أو أحكام الاستئناف الصادرة بإلغاء حكم البراءة الصادر من محكمة أول درجة[3]. كما ندعو المشرع المصري بإدخال نص تشريعي في قانون الإجراءات الجنائية يقضي بإجماع قضاة الحكم في حالة صدور حكم بالإدانة سواء في مسائل الجنايات أو الجنح.

---

(1) راجع : الدكتور عمر الفاروق الحسيني:" مدى تعبير الحكم بالإدانة غير الصادر بالإجماع عن الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي " ، مرجع سابق ، ص ١٣٦

(2) وإن كان واقعيا تتشكل المحكمة الابتدائية من قاض واحد في الوقت الراهن.

(3) حسب نص المادة ٤٢٦ من قانون الإجراءات الجزائية اليمني ، سابق الإشارة.

الفصل الثالث

الشك يفسر لمصلحة المتهم

تمهيد وتقسيم:

يفرض أصل البراءة على عاتق السلطة التي تتولى المحاكمة ضماناً هاماً، يتمثل في ان تكون أدلة الإدانة من القوة، بحيث تؤدي إلى الاقتناع اليقيني بالإدانة -على ما بينا-وعندما تكون الأدلة غير كافية، ويتخللها شيء من الشك، فإن القاضي يكون ملزماً بإصدار حكمه بالبراءة، حيث إن المستفيد من هذا الشك هو المتهم، تطبيقاً للقاعدة اللاتينية التي جرى التعبير عنها بأن الشك يفسر لمصلحة المتهم In dubio pro reo[1]،لأن الأصل فيه البراءة، ومن ثم ينبغي العودة إلى الأصل في حالة الشك. وهذا هو الوضع الطبيعي الذي يستقيم مع العقل والمنطق.

وتثير قاعدة " الشك يفسر لمصلحة المتهم" تساؤلات حول فحوها، وسندها، ومدى تطبيقها، وأهم نتائجها.وموقف الفقه الإسلامي منها .

ولذلك سوف أعالج هذا الموضوع في مبحثين:

المبحث الأول: الشك يفسر لمصلحة المتهم في القانون الوضعي.

المبحث الثاني: الشك يفسر لمصلحة المتهم في التشريع الإسلامي.

" درء الحدود بالشبهات"

✿✿✿

---

(1) الدكتور محمد زكي ابو عامر، " الإثبات في المواد الجنائية"، مرجع سابق، ص١٢٩.

المبحث الأول

الشك يفسر لمصلحة المتهم في القانون الوضعي

أولا :مفهوم المبدأ :

الشَّك في اللغة:مأخوذ من شكك، وهو نقيض اليقين، وجمعه شُكُوك، وقد شَكَكْتَ في كذا وتشَكَّكْت، وشَكَّ في الأمر أي يَشُكُّ شكًا، وشَكَّكَه فيه غيرُه[1].

والواقع أن وضع تعريف للشك ليس بالأمر السهل، ذلك أن الشك في حد ذاته عبارة عن حالة ذهنية يصعب قياسها، أو تعريفها بشكل جامع مانع، لأنها تتعلق بمعتقدات، ولا توجد وسيلة لقياس المعتقدات.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى بيان مدلول الشك بقوله : إن الشك في المجال الجنائي هو عدم اليقين حول حقيقة الواقعة أو نسبتها إلى المتهم، فمن عنده شك يكون اقتناعه موزعاً بين أمرين: الأول وقوع الفعل أو عدم وقوعه، والثاني نسبة الفعل إلى المتهم أو عدم نسبة الفعل إليه. فهو لا يصل بصاحبه إلى الحقيقة إلا بوسيلة ناقصة، بل يغلق الطريق أمام معرفة الحقيقة بسبب عدم القدرة على التمييز بين الحقيقة والزيف[2].

وقد قيل في تعريف الشك في البينات، بأنه الحالة التي تكون عليها البينات في القضية -بعد التروي والموازنة الكاملة لكل البينات- في حالة ذهنية، لا يستطيع القاضي القول معها بأنه مقتنع اقتناعاً ثابتاً إلى درجة اليقين حتى يقرر الإدانة[3].

فالشك إذن مرتبط بفكرة الاقتناع الكامل، فلا يمكن للاقتناع أن يبنى على شك وطالما أن الإثبات لم يكن كاملاً ، وطالما أن من مزايا الشك مهما كان ضعيفاً أن يهز قيمة الاتهام، وطالما أن الجريمة لم تكن ثابتة بكل عناصرها، أو أن المتهم لم يكن معروفاً على وجه اليقين ، فإن الشك يجب أن يفسر لمصلحة المتهم[4].

---

(1) لسان العرب لابن منظور، جـ ١٠ ، ص ٤٥١. وانظر: القاموس المحيط للعظيم آبادي، جـ ٣، ص ٣٢.

(2) أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري " مرجع سابق، ص ٣٢١.

(3) الدكتور أحمد إدريس أحمد: " افتراض براءة المتهم "، مرجع سابق، ص ٩٢٨.

(4) الدكتور مفيدة سعد سويدان: " نظرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي- دراسة مقارنة-١٩٨٥، رسالة دكتوراه الإسكندرية، مرجع سابق ، ص ٤٥٦.

ثانياً: سند القاعدة في القانون:

رغم أن قاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم ليس منصوصاً عليها بشكل صريح في المواثيق الدولية، فإن اللجنة المعنية بحقوق الإنسان قالت: "يقع عبء إثبات التهمة على الادعاء، ويفسر الشك لمصلحة المتهم، بسبب " افتراض براءته "، ولا يجوز افتراض أنه مذنب بأية صورة، حتى تثبت عليه التهمة بما لا يدع أي مجال معقول للشك"[1].

وقد نص المشرع الفرنسي في المادة ٣٠٤ من قانون الإجراءات الجنائية المعدلة بموجب قانون تدعيم " قرينة البراءة" الصادر في ١٥ يونيه ٢٠٠٠ -السابق ذكرها- بأنه " يجب على رئيس المحكمة، أن يوجه المحلفين قائلا لهم.. : " .. وعليكم ان تتذكروا بأنَ المُتهمينَ يفترض براءاتهم، وبأنَ الشك يَجبُ أنْ يَستفيدَ منه المتهمون"[2].

"De vous rappeler que l'accusé est présumé innocent et que le doute doit lui profiter "

ومع ذلك، هناك من حاول، أن يبرر لهذه القاعدة بعيداً عن أصل البراءة[3]، حيث يرى، أن قاعدة تفسير الشك لمصلحة المتهم فرضته اعتبارات العدالة التي تأبى أن تبنى الإدانة على الظن والاحتمال، أو أن توقع الجزاءات استناداً إلى إدانة لم تثبت بوجه يقيني، فالمبادئ العامة التي تحكم الخصومة الجنائية، هي التي فرضت مثل هذه القاعدة.

ويعتبر الفقه[4] أن قاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم نتيجة طبيعية ومنطقية لقاعدة اليقين القضائي كأساس لهدم أصل البراءة. وإذا كنا نتفق مع هذا الرأي فإننا نؤكد على أن قاعدة اليقين القضائي هي في ذاتها نتيجة مترتبة عن أن الأصل في المتهم البراءة، وكذلك قاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم هي قاعدة في الأساس منبثقة عن أصل البراءة قبل أن تكون نتيجة مترتبة عن اليقين القضائي. ولذلك نتفق مع الفقه[5] الذي ذهب إلى أن قاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم، هي إحدى

([1]) انظر: دليل المحاكمات العادلة الصادر عن منظمة العفو الدولية مرجع سابق.
([2]) انظر نص المادة ٣٠٤ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي فيما سبق ص .
([3])انظر:الدكتورة آمال عثمان:" الإثبات الجنائي ووسائل التحقيق العلمية "، مطبعة دار الهنا، ١٩٧٥، ص٧٧. وقد بينا ذلك سابقاً عند الحديث عن تقدير المبدأ في الباب الأول من هذه الدراسة.
([4]) انظر : استاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري "، مرجع سابق، ص ٣٢٠.
الدكتور عبد الرءوف مهدي: " شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية،مرجع سابق، ص ١٢٥٩.
الدكتور علاء محمد الصاوي سلام : " حق المتهم في محاكمة عادلة " ، مرجع سابق ، ص٥٥٠.
([5])الدكتور محمد زكي ابو عامر: " الإثبات في المواد الجنائية"، مرجع سابق، ص ١٢٩.

النتائج الإيجابية لأصل البراءة، وهي الوجه السلبي لاشتراط اليقين القضائي لسلامة اقتناع القاضي بالإدانة.

ومن الجدير بالذكر، أن الفقه الذي حدد مدلول قاعدة " الشك يفسر لمصلحة المتهم" بأن القاضي لم يقتنع بالإدانة، وأن هذا الاقتناع شرط لصحة الإدانة، فإن هذا القول قد يوحي بأن هذه القاعدة، هي نتيجة من نتائج مبدأ حرية القاضي الجنائي في الاقتناع. بيد أن هذا الانطباع لو ترسخ في الأذهان فإنه يفتقر إلى الدقة، فالشك يفسر لمصلحة المتهم، هو أحد نتائج أصل البراءة، وليس نتيجة عن مبدأ حرية القاضي الجنائي في تقدير الأدلة ، والأدل على ذلك، أن مبدأ حرية القاضي في الاقتناع، ومبدأ أن الشك يفسر لمصلحة المتهم لا يؤديان دائماً إلى عين النتيجة، فإذا كان القاضي مقتنعاً تماماً بثبوت المسئولية على المتهم، دون أن تكون الأدلة المقامة ضده كافية، فإن حكمه ببراءة المتهم يكون راجعاً إلى أن الشك يفسر لمصلحة المتهم،لا إلى مبدأ حرية القاضي الجنائي في الاقتناع[1] .

وإذا انتهينا إلى أن قاعدة "الشك يفسر لمصلحة المتهم" تعد في المواد الجنائية أحد النتائج المباشرة لأصل البراءة، فإنها تكتسب ذات القيمة الدستورية لأصل البراءة. وبالتالي، فإن الخروج على مقتضى هذه القاعدة يشكل اعتداء على أصل البراءة، مما يعد انتهاكاً للشرعية الدستورية في الإجراءات الجنائية. ولذلك كان لابد لمحكمة النقض أن تبسط رقابتها على هذا الموضوع، من خلال مراقبتها لصحة الأسباب التي بني عليها الحكم الصادر بالإدانة، وهو ما استلزمته التشريعات -كما بينا سابقاً- ومن ذلك نص المادة٣١٠ من قانون الإجراءات الجنائية المصري التي تقضي بأنه " يجب أن يشتمل الحكم على الأسباب التي بني عليها، وكل حكم بالإدانة يجب أن يشتمل على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة، والظروف التي وقعت فيها، وأن يشير إلى نص القانون الذي حكم بموجبه".

ثالثاً: نطاق تطبيق قاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم:

لا شك أن الطريق من الشك إلى الاقتناع اليقيني هو طريق يمتد منذ اللحظات الأولى للضبط، أو لجمع الاستدلالات، وعلى امتداد مراحل الدعوى الجنائية[2] .

---

(1) voir : Mohammed-Jalal Essaid: La Présomption d'innocence, op.cit.p.278.

وانظر: الدكتور محمد زكي أبو عامر: " الإثبات في المواد الجنائية"، مرجع سابق، ص ١٧٢.

(2) الدكتور عمر الفاروق الحسيني : " مدى تعبير الحكم بالإدانة غير الصادر بالإجماع عن الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي " ،مرجع سابق ، ص ٩٨.

وفي كل مرحلة من هذه المراحل. يوجد قدراً من الشك، وقدراً من اليقين، ولكن التصرف على أساسهما هو الذي يختلف من مرحلة إلى أخرى ، فإذا كان مقبولاً في مرحلة الاستدلالات، أن يتغلب الشك على اليقين، فتلك طبيعة هذه المرحلة ، حيث الأدلة تختلط بالدلائل. ولذلك، فإن المطلوب في الانتقال من هذه المرحلة إلى مرحلة التحقيق الابتدائي. هو قدر كاف من الأدلة، ومحاولة تجميع المزيد منها للإحالة إلى مرحلة التحقيق النهائي، أو المحاكمة[1]،إذ ليس من اللازم أن يصل الاقتناع لدى جهة التحقيق الابتدائي إلى مرحلة اليقين ،لأنها ليست جهة حكم، ولا يمكنها ان تقرر بأن المتهم مدان، ولذلك كان قرارها بإحالة المتهم إلى المحاكمة لا يهدم أصل البراءة.ولذلك فقد قيل: إن الشك في مرحلة الاستدلال والتحقيق يمكن أن يفسر ضد المتهم[2].

ولكننا نختلف مع هذا الرأي، فمبدأ تفسير الشك لمصلحة المتهم، هي نتيجة مترتبة على أن الأصل في المتهم البراءة . وبالتالي، **فإن هذا المبدأ يجب تطبيقه في كافة مراحل الإجراءات الجنائية**، فمثلاً إذا توافر الشك الواجب تفسيره لمصلحة المتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي، فإنه لا يجوز حبس الشخص احتياطياً حتى لو كفلت له ضمانات الدفاع؛ لأن هذه الضمانات لن تصلح الخلل الذي أصاب أصل البراءة، خصوصاً وأن هذا الإجراء من شأنه ان يؤثر على سمعة المتهم . وقد يفقده حريته الشخصية[3].

والأدل على أن مجال الشك يسري على كافة مراحل الإجراءات أن النظام الإجرائي في فرنسا فرق بين الأشخاص الذين تتخذ ضدهم الإجراءات الجنائية منذ اللحظة الأولى للتحقيق بحسب درجة الشك في الشخص، فإذا كانت القرائن على ارتكابه الفعل ليست قوية فيتم تفسير الشك لمصلحة الشخص محل الشك، وبالتالي يتم معاملته، كشاهد مشتبه، أو ما يسميه الشاهد المساعد[4].

وإذا قويت القرائن وتم إحالته للمحاكمة يصبح الشخص محل فحص أو بالمفهوم المتعارف عليه "متهماً".

ونظراً لأهمية ذلك بالنسبة للحماية الجنائية لأصل البراءة، فسوف نوضحه على النحو التالي:

---

(1) الدكتور عمر الفاروق الحسيني : المرجع السبق نفسه، ص ٩٨.
(2) الدكتور عمر الفاروق الحسيني : المرجع السبق نفسه، ص ٩٩.
(3)استاذنا الدكتور احمد فتحي سرور: " القانون الجنائي الدستوري"،مرجع سابق، ص ٣٢٤.
(4) المرجع السابق نفسه، ص ٣٢٤.

١- نظام الشاهد المُساعد في فرنسا" كتطبيق لقاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم قبل المحاكمة :

أحدث المشرع الفرنسي في إطار دعم حماية أصل البراءة، ما يمكن أن نعتبره من ضمانات مبدأ أن الشك يفسر لمصلحة المتهم في الإجراءات الجنائية، وذلك عندما استحدث نظام الشاهد المُساعَد témoin assisté ، وفرق بينه وبين المتهم الذي كان يطلق عليه Inculpe فأصبح يطلق عليه المشرع مصطلح الشخص محل الفحصpersonne mise en examen ، وقصد المشرع الفرنسي بالشاهد المُساعَد الشخص المشتبه فيه، الذي لم يتقرر بعد اعتباره متهماً لعدم توافر الدلائل الكافية على إثبات مسئوليته في ارتكاب الفعل الإجرامي كفاعل، أو مساهم في ارتكابها، ولكن يتم مساعدته عن طريق السماح له بالاستعانة بمحام،عندما يقوم قاضي التحقيق بسماع أقواله[١] . فالشاهد المُساعَد إذن، هو "شاهد مشتبه فيه"، يتم سماع أقواله في

([١]) ولتوضيح نظام الشاهد المساعد او الذي يتم سماع أقواله في حضور محاميه، فإنه يمكن ان نعرض- بشكل موجز- للنظام القائم في فرنسا، قبل تعديلات عامي ٢٠٠٠ و٢٠٠٤ ، حيث كان الوضع السائد – سابقاً- ان قاضي التحقيق حينما كان يريد ان يسمع أقوال شخص ما في إطار أعمال التحقيق التي يجريها ، فإنه لم يكن له سوى أحد خيارين ؛ إما أن يسمعه كشاهد أو كمتهم (وهو الذي أطلق عليه منذ تعديلات ١٩٩٣ الشخص محل الفحص) فإذا أختار قاضي التحقيق سماعه كشاهد، فإن الشاهد يصبح ملزماً بتلبية طلب سماع شهادته حين طلبه، وعليه أن يحلف اليمين ، وأن يرد على جميع الأسئلة التي تطرح عليه، ويلتزم بأن يقول الحقيقة وإلا تمت مساءلته عن جريمة الشهادة الزور،أما إذا اختار القاضي سماعه باعتباره متهماً (الشخص محل الفحص)،فإن المتهم في هذه الحالة يكتسب وصف الطرف في الدعوى الجنائية، فيكون له الاتصال بمحاميه الذي يمكن له الإطلاع على ملف الدعوى وإعداد دفاعه قبل الاستجواب، ومن الطبيعي ألا يحلف المتهم اليمين، ويكون غير ملزم بالإجابة عن الأسئلة، وإذا أجاب بغير الحقيقة، فلا يسأل عن جريمة الشهادة الزور، ولكنه في مقابل ذلك كله يصلح ان يكون محلاً للتوقيف المؤقت.

ويظهر من ذلك أن قاضي التحقيق كان بين خيارين يقفان على طرفي نقيض، إما أن يسمع الشخص كشاهد وبالتالي لا يملك هذا الأخير أي حقوق، ولكنه في المقابل لا يوصف بأنه متهم ولا يصلح أن يكون محلا للتوقيف المؤقت، او ان يسمعه كمتهم له كل الحقوق ولكن عليه تبعة الإساءة لسمعته لأنه صار محلاً للاتهام ،وأيضاً قد يتعرض لإجراءات تمس بحريته الشخصية وهو ما يمثل خطورة على الشخص إذا ما قرر معاملته كمتهم، حيث يعد هذا القرار من وجهة نظر الرأي العام بمثابة حكم بالإدانة لا يمحوه بعد ذلك صدور حكم بالبراءة مما يناقض أصل البراءة.

وأمام هذه الإشكالية ورغبة من المشرع في أن يوجد نظام وسط يسمح لقاضي التحقيق بأن يستمع لأقوال الشخص المشتبه فيه دون وضعه محلاً للاتهام بتبعاته السلبية ولذلك فقد جاء قانون ٤ يناير ١٩٩٣ليبتكر نظام الشاهد المساعد ولكن تطبيقه في ظل أحكام هذا القانون كان متواضعاً جداً، لذا فقد - -جاء التعديل الذي أدخله المشرع الفرنسي بموجب قانون " تدعيم قرينة البراءة " في ١٥ يونيه ٢٠٠٠ ليوسع من تطبيق هذا النظام، وقد حددت المواد من ١١٣-١ وحتى ١١٣-٨ الحالات التي يمكن اعتبار الشخص فيها شاهداً مشتبه فيه. انظر :

André GIUDICELLI:" Le témoin assisté et la personne mise en examen" : vers un nouvel équilibre?" R.S.C.N°1, janv.-mars, 2001, P43.=

حضور محاميه. فهو مركز وسط، بين الشخص المتهم، وبين الشاهد العادي. وتتأسس التفرقة بين الوصفين على اساس قوة الأدلة، التي من شأنها إثبات مسئولية مرتكب الفعل[1].

وقد ألزم المشرع الفرنسي قاضي التحقيق بعدم اللجوء إلى معاملة الشخص كمتهم، إلا إذا قدر عدم تطبيق نظام الشاهد المُساعَد. وفي هذا الصدد نصت الفقرة الأخيرة من المادة ٨٠-١ من قانون الإجراءات الجنائية والمعدلة بقانون تدعيم حماية " قرينة البراءة " الصادر في ١٥ يونيه ٢٠٠٠ على انه " لا يجوز لقاضي التحقيق أن يمضي في إجراء وضع الشخص للفحص " الاتهام "، إلا إذا قدر عدم إمكانية اللجوء إلى تطبيق نظام الشاهد المُساعَد "[2].

ويظهر من ذلك، أن المشرع الفرنسي قد جعل من الشاهد المُساعَد، القاعدة العامة وان الاتهام هو الاستثناء، ويبرز ذلك واضحاً من خلال نص المادة ١٧٤-١ من قانون الإجراءات الجنائية[3]، حيث نصت على انه " في حالة قيام غرفة التحقيق بإلغاء

- Albert MARON:"Témoin Assisté et personne mise en examen, nouveaux coupables ou nouveaux innocents?" R.I.D.P. pp.20-p30.

وكذلك: إدريان شارل دنا : مرجع سابق.

(¹) انظر في ذلك تفصيلا:

André GIUDICELLI: Ibid.,P43.- **Albert MARON**: Ibid.,p20.**Christin GUERY**: " Du témoin assisté à la partie virtuelle ", Dr. pénal, 1997, chronique p24. **Bernard BOULOC**: " La durée des procédures :un délai enfin raisonnable ?" R.S.C.N°1, janv.-mars 2001, p62.- **Charles JOLIBOIS**:"Le renforcement de la protection de la résomption d'innocence et des droits des victimes " :l'apport du Sénat R.S.C.N°1, janv.-mars 2001, p67-P68 . **Dominique Noëlle GOMMARET**: " Procédure pénale ",R.S.C. N°4, oct.-déc. 2002, P845.

(²)Article 80-1 : du code de procédure pénale (Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 23 Journal Officiel du 5 janvier 1993 en vigueur le 1er mars 1993) (Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 art. 7 Journal Officiel du 25)" Le juge d'instruction ne peut procéder à la mise en examen de la personne que s'il estime ne pas pouvoir recourir à la procédure de témoin assisté".

Voir: Christine Lazerges:" La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes" op.cit. p12.

(³)Article 174-1: (inséré par Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 30 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001)

Lorsque la chambre de l'instruction annule une mise en examen pour violation des dispositions de l'article 80-1, la personne est considérée comme témoin assisté à compter de son interrogatoire de première comparution et pour l'ensemble de ses interrogatoires ultérieurs, jusqu'à l'issue de l'information, sous réserve des dispositions des articles 113-6 et 113-8.

الاتهام (وضع الشخص محل الفحص)، وذلك بسبب مخالفة أحكام المادة ٨٠-١، فإن الشخص محل الفحص يصبح شاهداً مشتبه فيه "[1].

وقد حددت المواد من ١١٣-١ وحتى ١١٣-٨ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي والتي اضيفت بموجب قانون تدعيم " قرينة البراءة"[2] الحالات التي يكون فيها سماع الشخص تحت وصف الشاهد المُساعَد. وهذه الحالات منها ما هو إجباري، ومنها ما هو جوازي.

ويكون سماعه تحت وصف الشاهد المُساعَد إجبارياً، في حالتين هما:

الحالة الأولى: أن يكون الشخص قد ورد أسمه في القرار الصادر من النيابة العامة والذي بمقتضاه يطلب عضو النيابة العامة من قاضي التحقيق، ان يدخل ملف القضية في حوزته بهدف إجراء تحقيق فيه، وذلك إذا كان قاضي التحقيق لا يرغب في سماع أقواله كمتهم، ففي هذه الحالة يتوجب سماعه كشاهد مُساعَد[3]. وفي هذا الصدد نصت المادة ١١٣-١ على أن " كُلّ شخص ورد أسمه في طلبات تمهيدية أو طلبات تكميلية من قبل النيابة العامة، و لم يتم وضعه تحت الفحص لا يُمكنُ أن يسمع إلا كشاهد مُساعَد"[4].

الحالة الثانية: ان يكون أسم الشخص قد ورد في شكوى، أو بموجب دعوى من المجني عليه، ويكون قاضي التحقيق مجبراً على سماعه كشاهد مُساعَد، وذلك إذا حضر امامه، وأظهر رغبته في سماعه لا كشاهد عادي، وإنما تحت وصف الشاهد المُساعَد. وقد أضاف المشرع الفرنسي للمادة ١١٣-٢ بموجب قانون ٢٠٠٤، إلى جانب أولئك الأشخاص، الشخص الذي ورد أسمه في شكوى مصحوبة بدعوى مدنية، وقد

---

(1)Albert MARON:" témoin assisté…" Op. Cit. p.26.

(2) الجدير بالذكر ان المشرع الفرنسي قد عدل العديد من هذه المواد بموجب القانون رقم ٢٠٤ الصادر في ٩ مارس ٢٠٠٤ .

(3) إدريان شارل دنا : مرجع سابق.

Albert MARON: Ibid. p.26

(4)Article 113-1: du code de procédure pénale (Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 33 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001)(Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 art. 95 I Journal Officiel du 10 mars 2004 en vigueur le 1er octobre 2004) " Toute personne nommément visée par un réquisitoire introductif ou par un réquisitoire supplétif et qui n'est pas mise en examen ne peut être entendue que comme témoin assisté.

اشترط المشرع ذات الشرط لسماعه كشاهد مُساعد بشكل وجوبي، وهو طلب الشخص ذاته (المادة ١١٣-٢)[١].

ويفهم من ذلك، أن الشخص المعني إذا لم يتمسك بحقه في سماعه كشاهد مُساعَد، فإنه يجوز لقاضي التحقيق أن يسمعه كشاهد عادي، أو كشاهد مُساعَد أو كشخص متهم " محل فحص".فهذه حالة جوازية لقاضي التحقيق.

وهناك **حالة أخرى**، يجوز فيها أن يسمع قاضي التحقيق للشخص المحال إليه كشاهد مُساعَد، وهي الحالة التي أوردتها الفقرة الثانية من المادة ١١٣-٢ حيث نصت على أن " كُلّ شخص كان محل اتهام مِن قِبل أحد الشهود، أو إذا توافرت ضدّه دلائل تؤدي إلى الاعتقاد بأنه يُمكنُ أنْ يكون قد ساهم في ارتكاب الجريمة،كفاعل أو كشريك فيها،فإنه يمكن لقاضي التحقيق أن يسمع الشخص كشاهد مُساعَد "[٢]. وهذه الحالة جوازية لقاضي التحقيق.

و ما ينبغي على قاضي التحقيق قبل أن يقرر -في الحالات الجوازية- سماع الشخص كشاهد، أن يرعى في ذلك مدى قوة قرائن الإدانة، فإذا لم توجد أي قرينة يسمعه كشاهد عادي، وإذا وجدت قرائن بسيطة ينبغي سماعه كشاهد مُساعَد أما

---

(١) حيث نصت المادة ١١٣-٢ من قانون الإجراءات الجنائية على أن " كُلّ شخص ورد اسمه في شكوى أو كان محل إدعاء صادر من المجني عليه ويُمكنُ أن يسمع كشاهد مساعد .وذلك عندما يحضر أمام قاضي التحقيق .ويكون قاضي التحقيق مجبراً على سماعه تحت هذا الوصف،إذا كان الشخص قد طلب ذلك، وكذلك إذا كان الشخص المعين بالاسم في شكوى مصحوبة بدعوى مدنية، وكان قد نبهه لحقه في ذلك، وذلك عندما يَظْهرُ أمام قاضي التحقيق ويطلب سماعه كشاهد مساعد".

Article 113-2 : du code de procédure pénale (Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 33 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001) (Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 art. 95 II Journal Officiel du 10 mars 2004 en vigueur le 1er octobre 2004) " Toute personne nommément visée par une plainte ou mise en cause par la victime peut être entendue comme témoin assisté. Lorsqu'elle comparaît devant le juge d'instruction, elle est obligatoirement entendue en cette qualité si elle en fait la demande ; si la personne est nommément visée par une plainte avec constitution de partie civile, elle est avisée de ce droit lorsqu'elle comparaît devant le juge d'instruction.

(٢)" Toute personne mise en cause par un témoin ou contre laquelle il existe des indices rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission des infractions dont le juge d'instruction est saisi peut être entendue comme témoin assisté".

إذا وجدت قرائن قوية، فيكون وضعه موضع الفحص(الاتهام)[1][2].

وكذلك ينبغي مراعاة خطورة الجريمة محل التحقيق، فكلما كانت الجريمة محل التحقيق خطيرة، كلما كان سماع الشخص بوصفه متهم أفضل[3].

ويمثل نظام الشاهد المُساعَد " الشاهد المشتبه فيه" اهمية كبرى في نطاق حماية اصل البراءة التي نص عليها المشرع الفرنسي في المادة التمهيدية[4]، كون هذا النظام سوف يحقق التوازن بين ضرورات حماية الحقوق والحريات، وحماية المصلحة العامة فهو يمكّن قاضي التحقيق من الاستماع إلى أقواله، دون أن يخل ذلك بمستلزمات الحفاظ على أصل البراءة، حيث أن الشاهد المشتبه فيه يتمتع بكافة الضمانات التي يتمتع بها المتهم، وفي ذات الوقت لا تمس سمعته كونه شاهد، ولا يكون ضحية السلبيات التي تصاحب الاتهام، فلا يُوْضَعَ تحت الرقابة القضائيةِ، أو يتم وضعه رهن

---

(1)Muriel GUERRIN:" Les changements opérés par la loi relative à la présomption d'innocence sur les nullités de procédure dans la phase préalable au jugement pénal", R.S.C.N°4, oct.-déc.2000, P762.

(2)Article 113-8: du code de procédure pénale,(Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 33 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001) (Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 art. 95 IV Journal Officiel du 10 mars 2004 en vigueur le 1er octobre 2004)" S'il estime que sont apparus au cours de la procédure des indices graves ou concordants justifiant la mise en examen du témoin assisté, le juge d'instruction procède à cette mise en examen en faisant application des dispositions des septième et huitième alinéas de l'article 116 au cours d'un interrogatoire réalisé dans les formes prévues à l'article 114.

(3) وقد نصت المادة ١٠٥ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي على ان " الأشخاص الذين وجدت ضدهم دلائل خطيرة ومتطابقة على مشاركتهم في الوقائع المحالة إلى قاضي التحقيق ، لا يجوز سماعهم كشهود. ولكن هذه المادة لا تنطبق على الشاهد المساعد (م ١١٣-٦ الفقرة الأخيرة Les dispositions de l'article 105 ne sont pas applicables au témoin assisté).

Article 105: du code de procédure pénale (ordonnance n° 58-1296 du 23 décembre 1958 art. 1 Journal Officiel du 24 décembre 1958)(ordonnance n° 60-121 du 13 février 1960 art. 1 Journal Officiel du 14 février 1960)(Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 31 Journal Officiel du 5 janvier 1993 en vigueur le 1er mars 1993)(Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 art. 11 Journal Officiel du 25 août 1993 en vigueur le 2 septembre 1993)(Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 31 et 131 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001)" Les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits dont le juge d'instruction est saisi ne peuvent être entendues comme témoins.

إدريان شارل دنا ، مرجع سابق.

(4)André GIUDICELLI: Le témoin assisté et la personne mise en examen : vers un nouvel équilibre ? Op. Cit. P45.

التوقيف المؤقت"[1].

ومن أهم الضمانات التي كفلها المشرع الفرنسي للشاهد المشتبه فيه، انه لم يسمح بسماع أقواله، إلا بحضور محاميه الذي له حق الإطلاع على ملفات التحقيقات قبل بدء الاستجواب[2]. كما لم يجز تحليفه اليمين، وبالتالي لا يمكن مساءلته عن جريمة الشهادة الزور[3].

الجدير بالذكر أن الشخص المشتبه فيه من حقه أن يرفض سماع أقواله كشاهد مُساعَد ، و ان يطلب -في أي- وقت سماعه كشخص " متهم "إذا ما شعر أن التحقيق الذي يجرى معه، إنما هو أقرب للتحقيق الذي يجري مع المتهمين، وليس مع الشهود المشتبه فيهم الذين لم تصل درجة الاشتباه فيهم إلى حد الاتهام. وعلى أية حال يلتزم قاضي التحقيق بتلبية طلبه إذا أراد سماع أقواله كمتهم[4].

وقد حظي هذا النظام بتأييد العديد من رجال الفقه الفرنسي[5]، لما يحققه من حماية وتدعيم لأصل البراءة، حيث أصبح من الممكن سؤال أي شخص مهما كان مركزه الاجتماعي والمهني ، دون أن توجد عناوين كبيرة على صفحات الجرائد

---

(1) انظر نص المادة ١١٣-٥ :

Article 113-5: du code de procédure pénale (inséré par Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 33 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001) Le témoin assisté ne peut être placé sous contrôle judiciaire ou en détention provisoire, ni faire l'objet d'une ordonnance de renvoi ou de mise en accusation.

(2) انظر نص المادة ١١٣-٣ من قانون الإجراءات الجنائية :

Article 113-3: du code de procédure pénale (Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 33 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001)(Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 art. 95 III Journal Officiel du 10 mars 2004 en vigueur le 1er octobre 2004) " Le témoin assisté bénéficie du droit d'être assisté par un avocat qui est avisé préalablement des auditions et a accès au dossier de la procédure, conformément aux dispositions des articles 114 et 114-1. Cet avocat est choisi par le témoin assisté ou désigné d'office par le bâtonnier si l'intéressé en fait la demande.

(3) انظر نص المادة ١١٣-٧ :

Article 113-7: code de procédure pénale (inséré par Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 33 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001) Le témoin assisté ne prête pas serment". Voir: Albert MARON: ibid. p.28.

(4) إدريان شارل دنا : مرجع سابق. وانظر : Albert MARON: ibid. p.26.

(5) Muriel GUERRIN:" Les changements opérés par la loi relative à la présomption d'innocence sur les nullités de procédure dans la phase préalable au jugement pénal", R.S.C.N°4,oct.-déc. 2000 , P753. Albert MARON: ibid. p.28 et 29.

تتحدث عن الاتهام الذي يمس سمعته، ذلك ان الشخص في هذه المرحلة ما زال مجرد شاهد.

وليس أدل على نجاح هذا النظام، من أن المحامي - وفقا لهذا النظام- بعد أن يقوم بالإطلاع على ملف القضية، يمكنه - في الغالب- ان يتوجه إلى قاضي التحقيق طالباً منه عدم وضع موكله تحت الفحص (الاتهام) ، وإنما يسمعه بداية كشاهد مُساعد، حتى ولو تيقن بأنه سيسمعه فيما بعد كمتهم، فإنه قلل من المدة الزمنية التي سيعامل فيها الشخص كمتهم، وما يستتبع ذلك من آثار أهمها تعرض سمعته للإساءة، وتعرض حريته للمساس، فيما لو حبس احتياطياً.

وعلى الرغم من المميزات التي يحققها هذا النظام لحماية أصل البراءة، فإن هناك من يرى ان هذا النظام قد اسرف في حماية أصل البراءة ، على نحو من شأنه الإخلال بحسن سير العدالة[1].

ولكننا نخالف هذا الرأي، ذلك ان الأصل هو حماية أصل البراءة وحماية الحرية الشخصية، وان الاستثناء هو المساس بهذا الأصل، وبالحرية الشخصية تحقيقا للمصلحة العامة، وبالتالي، فإن التوازن بين حماية الحقوق والحريات والمصلحة العامة تتطلب ان يؤخذ بهذا النظام في الإجراءات الجنائية، لأنه يتفادى وضع الشخص في مركز يسيء إلى سمعته، ويمس بحقه في أصل البراءة.

ولا شك عندنا ان هذا النظام الذي أدخله المشرع الفرنسي على قانون الإجراءات الجنائية، يعد تطبيقاً لقاعدة الشك الذي يجب ان يفسر لمصلحة الشخص الذي تتخذ ضده الإجراءات الجنائية في المرحلة السابقة على المحاكمة.

وادعو كلاً من المشرعين المصري واليمني ان يحذوا حذو المشرع الفرنسي في إدخال نظام الشاهد المُساعد " المشتبه فيه" على التشريع الإجرائي. خصوصا وأن هذا النظام يتمشى مع مقاصد الشريعة الإسلامية، لأنه - بلا مواربة- يؤدي إلى جلب المصالح ودرء المفاسد،كما يتفق مع مبدأ استصحاب البراءة الأصلية. وأن الأصل براءة الذمة.

---

(1) انظر: الدكتور مجدي انور حبشي : " ضمانات المتهم في ضوء التعديلات الحديثة في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي "، مرجع سابق ، ص٢٩.

٢- مجال تطبيق قاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم في مرحلة المحاكمة:

لا شك أن المجال الأساسي لتطبيق مبدأ الشك يفسر لمصلحة المتهم يكون في مرحلة المحاكمة- بتعدد درجاتها- حيث القول الفصل في تقرير الإدانة، أو البقاء على اصل البراءة. وبالتالي، لا بد أن يكون القرار الصادر بالإدانة مبني على الجزم واليقين[١] فإذا لم تتوفر القناعة التامة للقاضي بالإدانة، أو صاحب الأدلة شكوك فيها أو في نسبتها إلى المتهم، فإن حكمها يتعين أن يكون في صالح المتهم، إذ في حالة الشك تطرح أدلة الإدانة، وتتأكد براءة المتهم[٢]. وهذا ما استقر عليه قضاء النقض في مصر وفرنسا[٣]. حيث قضت محكمة النقض المصرية، بأنه " يكفى في المحاكمات الجنائية ان تتشكك محكمة الموضوع في صحة إسناد التهمة إلى المتهم، لكي تقضى له بالبراءة حيث مرجع الأمر في ذلك إلى ما يطمئن إليه القاضي في تقدير الدليل"[٤].

وإذا كان مبدأ الشك يفسر لمصلحة المتهم يترتب عليه نتيجة هامة مفادها: انه يكفي لصحة الحكم بالبراءة، أن يتشكك القاضي في إثبات التهمة، إلا أن الاكتفاء بهذا الشك مشروط، بأن يشتمل حكمها على ما يفيد انها محصت الدعوى، و احاطت بظروفها، و بأدلة الثبوت التي قام الاتهام عليها، عن بصر و بصيرة، و وازنت بينها وبين أدلة النفي، فرجحت دفاع المتهم، أو داخلتها الريبة في صحة عناصر الإثبات"[٥].

وبمفهوم المخالفة لهذه الأحكام، فإن الشك لا يمكن التذرع به إذا ثبت أن المحكمة لم تحط بظروف الدعوى ولا بأدلة ثبوتها التي قام الاتهام عليها عن بصر وبصيرة ووازنت بينها و بين أدلة النفي؛ ذلك أن الشك الموضوعي، وليس العاطفي، أو الشخصي

([١]) انظر ما سبق حول اليقين القضائي كأساس للحكم بالإدانة.

([٢]) الدكتور محمود محمود مصطفى: " الإثبات في المواد الجنائية". مرجع سابق، ص٦٨

([٣])اما في اليمن فلم نتمكن من العثور على أحكام للمحكمة العليا ،والسبب في ذلك أنه لا توجد مجموعات قضائية تم جمعها بين دفتي كتاب تمكن الباحث من الرجوع إليها بسهولة.بالإضافة إلى صعوبة الحصول على الأحكام نظراً لغياب التوثيق المنظم للأحكام القضائية بحيث يسهل الرجوع إليها.

([٤])انظر : نقض مصري في ٧ ديسمبر ١٩٤٢ في الطعن رقم ١٠ لسنة ١٣ ق، ص ٤٩. نقض ١٧ابريل ١٩٦٢ الطعن رقم ١٧٨٠، لسنة ٣١، ص ٣٧٥. نقض ٢٦ ابريل ١٩٦٦ الطعن رقم ١٩٦٣ لسنة ٣٥ ق ، ص ٤٩١ . نقض ٤ يونيه ١٩٧٨ في الطعن رقم ٧٣٩ لسنة ٤٨ ق ، ص ٥٦٢. وفي فرنسا انظر :

Cass.Crim.12 oct.1961, B. n° 399. Cass.crim. 22 mars 1966, B. n° 106.

اشار إليهما الدكتور محمد زكي ابو عامر: " الإثبات في المواد الجنائية"، مرجع سابق، هامش ص ١٧٢.

([٥])نقض ٧ ديسمبر ١٩٤٢ في الطعن رقم ١٠ لسنة ١٣ ق، ص ٤٩. نقض ١٧ابريل ١٩٦٢ الطعن رقم ١٧٨٠، لسنة ٣١، ص ٣٧٥. نقض ٢٦ ابريل ١٩٦٦ الطعن رقم ١٩٦٣ لسنة ٣٥ ق ، ص ٤٩١ . نقض ٤ يونيه ١٩٧٨ في الطعن رقم ٧٣٩ لسنة ٤٨ ق ، ص ٥٦٢ . نقض ١٦ مارس ١٩٨٣ في الطعن رقم ٦٢٤٢ لسنة ٥٢ ق ، ص ٣٧٩.

هو المعيار الذي يتخذ في تطبيق قاعدة " الشك يفسر لمصلحة المتهم"[1].

ووفقاً لذلك، ثار تساؤل عن مجال الشك الذي يمكن ان يقوم في عقيدة القاضي في عملية التقدير القانوني التي يبذلها لإصدار الحكم، وما إذا كان الشك الذي يكون محله الوقائع التي تتأسس عليها المسئولية الجنائية، ام الشك المتعلق بمسألة من مسائل القانون.

وللإجابة عن ذلك، يمكن القول: إن الوضع السائد لدى الفقه[2]، أن الشك الذي يجب تفسيره لمصلحة المتهم، هو الشك المتعلق بمسائل الواقع، يستوي، ان يكون هذا الشك موضوعياً، اي يتعلق بماديات الجريمة، بمعنى أن مضمون الدليل يتأرجح بين معنيين متناقضين، او أن يكون هذا الشك شخصياً، مبناه عدم الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي بصحة الدليل.

اما إذا كان الشك يتعلق بمسالة من مسائل القانون، فإن تفسير القاعدة القانونية يقع على عاتق القاضي، سواء قام به من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب الخصوم. وهذا ليس له اي اثر، او قيمة على ان الشك يفسر لمصلحة المتهم، لأنه شك لا يؤثر على المسئولية الجنائية، أو على حكم القاضي، يستوي أن يكون هذا الشك متعلقاً بالمتهم عينه، أو بالقاضي . وتطبيقاً لذلك ، إذا شك المتهم بعدم وجود القاعدة القانونية، أو بعدم فهمه لها، فإنه لا يقبل منه الاعتذار بعدم علمه بوجود القاعدة القانونية، او بنفاذها، أو بمعناها. وبالتالي إذا شك القاضي في علم المتهم بوجودها أو بنفاذها، او بمعناها، فلا اثر في ذلك على قيام مسئولية المتهم عن الفعل الإجرامي[3].

وكذلك الحال، إذا شك القاضي نفسه في مضمون النص، أو في معناه الدقيق عندما تشوب القاعدة القانونية غموض في الصياغة، أو التناقض الظاهر، فإنه يتحتم علي القاضي، أن يبحث عن إرادة واضع القانون، من خلال كافة العبارات، والصيغ المستعملة في نصوصه المتكاملة للتعبير عن هذه الإرادة[4]، وهذا التفسير لا اثر له على

---

(1) الدكتور عمر الفاروق الحسيني : المرجع السابق ، ص ١٠٠.

(2) انظر على سبيل المثال: الدكتور محمد زكي أبو عامر: ذات المرجع السابق، ص ١٧٣. الدكتور مفيدة سعد سويدان : " نظرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي ، مرجع سابق ، ص ٤٦٦. الدكتور هلالي عبد اللاه احمد : " النظرية العامة للإثبات " ، مرجع سابق ، ص ٤٢٢.

(3) الدكتور محمد زكي أبو عامر: " الإثبات في المواد الجنائية"، مرجع سابق، ص ١٧٣.

(4) انظر تفصيلاً : أستاذنا الدكتور احمد فتحي سرور : " القانون الجنائي الدستوري "، مرجع سابق، ص ٩٩ وما بعدها.

قيام المسئولية الجنائية للمتهم. ومن ثم لا يستطيع القاضي ان يمتنع عن تطبيق القانون، او ان يصدر حكماً ببراءة المتهم، بناء على ان " الشك في تحديد معنى القانون يفسر لمصلحة المتهم".

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية، بأن المحكمة بتبرئتها للمتهم بناء على الشك في مسألة قانونية، تكون قد ابتدعت عذراً غير قانوني وتنكرت لسلطتها[1].

وذهب بعض الفقه الفرنسي في معرض التعليق على هذا الحكم إلى انه " إذا لم تكن مهمة القاضي هي تفسير القانون وتحديد مضمونه ومعناه الدقيق، فما هو دوره إذاً؟[2].

وبناء عليه فإن قاعدة " الشك يفسر لمصلحة للتهم"، لا تجد لها مجالاً للتطبيق إذا تعلق الأمر بمسألة قانونية، يستوي أن يكون الشك عالقاً في ذات المتهم، أو قائماً في ذهن القاضي.

ومجمل القول: إن قاعدة " الشك يفسر لمصلحة المتهم"، يكون في كل مرة لا تثبت فيها الإدانة بدرجة كافية، وفي كل مرة لا يكون القاضي متأكداً بشكل كامل من الإدانة. فالشبهات التي تحوم حول شخص معين، والتي تستهدف الدعوى الجنائية تبديدها، أو تحويلها إلى يقين هي التي تتحكم في قرار القاضي الجنائي بالإدانة، أو العمل بأصل البراءة. فإذا عجزت سلطة الاتهام في إقامة الدليل الجازم على وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم، فإن الشك في ثبوت التهمة يعتبر بالنسبة للمتهم دليلاً إيجابياً على براءته. ويستوي أن يؤدي الشك إلى صدور حكم البراءة، أو إلى تعديل الوصف القانوني للواقعة بحيث يعطى الوصف الذي يكون في مصلحة المتهم.

رابعاً :تقدير قاعدة أن الشك يفسر لمصلحة المتهم:

إذا كان الشك يفسر لمصلحة المتهم من القواعد التي جرى إعمالها في القانون الجنائي، و تجد سندها في أن الأصل في المتهم البراءة، وبالتالي تكتسب ذات القيمة الدستورية لأصل البراءة. إلا أن هناك جانب من الفقه- أنصار النظرية الاجتماعية-

---

(1)Cass.Crim. 24 Janv.1936, D. n° 1936.1.60 note Mimin. Cass.crim. 10 Nov. 1959, B. n° 476. أشار إليهما : الدكتور محمد زكي أبو عامر: المرجع السابق، ص ١٧٢ هامش ٩٢.
(2)P.MIMIN: " La nouvelle enquête policière",La Semaine Juridique,1959, doctrine, p.476. Par: Mohammed-Jalal Essaid: La Présomption d'innocence, op.cit.p.290.

ذهب[1] إلى انها ليست سوى حكمة غير ملزمة، او- بحسب تعبير هذا الراي- " ان استقرارها في التطبيق القضائي، لا يعدو ان يكون من قبيل العرف غير القانوني والمؤسف pratique illégale et malheureuse ، وبالتالي فهي - من وجهة نظر هذا الراي- عرف لا تسيطر على الإثبات، وليست ملزمة للقضاة.

وهذا الراي يتجاهل بالأساس القيمة القانونية لأصل البراءة، ولا يتقبل ما يرتبه من نتائج، و في مقدمتها نظام الإثبات الجنائي. لذلك، فإن هذا الراي يرفض قاعدة ان الشك يفسر لمصلحة المتهم، مقرراً بأن الشك يجب دائماً ان يفسر لصالح المجتمع in dubio pro societá وليس لمصلحة المتهم[2] - بحجة أن هذه القاعدة لا تحقق العدالة لأحد، ولا ينتفع بها سوى المجرمين، الذين لا يستحقون اي عطف، او رحمة، حيث يرون أن هذه القاعدة ، وإن كانت قد ظهرت كرد فعل لقسوة القانون في العهود البربرية عندما كانت توقع أشد العقوبات على اتفه الأسباب وبلا رحمة او شفقة، فإنه يجب الاستغناء عنها في الوقت الراهن، حيث زالت الأسباب التي دعت إلى وجودها[3].

وقد انتقد هذا الرأي القاعدة في الدول التي تأخذ بنظام المحلفين - كفرنسا- حينما قضت بضرورة الحكم ببراءة المتهم عند تعادل الأصوات، حيث ذهب إلى أنها قاعدة غير منطقية، وغير عادلة، لأن الإدانة -من وجهت نظره- إذا كانت غير أكيدة ، فإن البراءة كذلك ليست أكيدة[4].

ولكن يرد على هذا الرأي بأن الخطأ في إدانة الأبرياء ما زال أمر واقع، وما أكثره في عصرنا الراهن، حيث ازدادت القوانين الاستثنائية، التي أصبحت تحاسب الإنسان حتى عن الهمس بحجة مكافحة الإرهاب!!.وطالما أن النظام القانوني هو من وضع البشر، وأن الذي يحكم هم البشر، فإن الخطأ وارد لا محالة، ولذلك فلا مناص من تطبيق قاعدة "الشك يفسر لمصلحة المتهم"، **فهي ضمانة اساسية من ضمانات الحرية الشخصية ونتيجة طبيعة يفرضها اصل البراءة.**

---

(1) انظر في عرض هذا الراي : Mohammed-Jalal Essaid: ibid.p.290.

(2)راجع: الدكتور احمد ضياء الدين خليل: " مشروعية الدليل في المواد الجنائية "، مرجع سابق، ص٢٢٨. الدكتور أحمد إدريس أحمد: مرجع سابق، ص ٩٤٠ وما بعدها.

(3) انظر أصحاب الراي المعارض لأصل البراءة، فيما سبق دراسته في الباب الأول، ص

(4)Enrico Ferri :"Sociologie Criminelle", op. Cit. p.494.

المبحث الثاني

الشك يفسر لمصلحة المتهم في التشريع الإسلامي

" درء الحدود بالشبهات"

تمهيد وتقسيم:

إذا كانت قاعدة أن " الشك يفسر لمصلحة المتهم، أقرته الشرعية الدولية واستقر في كل نظم الإثبات الجنائية الوضعية المعاصرة، باعتباره نتيجة طبيعية مترتبة على أن الأصل في الإنسان البراءة، فإن مبدأ " درء الحدود بالشبهات "، قد استقر في التشريع الجنائي الإسلامي، ومعناه جعل الظن والشك في صالح المتهم.

ومن المقرر في التشريع الإسلامي، أن أحكام الإدانة لا تبنى على الظن والاحتمال وإنما تبنى على الجزم واليقين، فالشك لا يغني من الحق شيئا. وفي ذلك يقول الله تعالى: ﴿.. وإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِى مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا ﴾[1]. ومن ثم يبقى الإنسان في ظل التشريع الجنائي الإسلامي مستصحباً لحال البراءة الأصلية، حتى يثبت ما ينقضه على وجه القطع و اليقين.

ويجد هذا المبدأ سنده في الحديث الشريف الذي سبق تخريجه وهو قوله ﷺ: «ادْرَءُوا الْحُدُودَ عَنْ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ فَإِن كَانَ لَهُ مَخْرَجٌ فَخَلُّوا سَبِيلَهُ فَإِن الإمام أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعُقُوبَةِ »[2]. وقد روي عن غير واحد من الصحابة -رضي الله عنهم- قولهم مثل ذلك. فقد روي عن ابن مسعود أنه قال: قال رسول الله ﷺ «ادْرَؤُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَةِ » في رواية «ادْرَؤُوا الْحُدُودَ وَالْقَتْلَ عَنْ عِبَادِ اللَّهِ مَا اسْتَطَعْتُمْ »[3]. وكذلك روي مثل ذلك وعن أبي هريرة [4]. وعن علي -رضي الله عنه- قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «أدرءوا الحدود بالشبهات»[5].

وروى عن عمر بن الخطاب أنه قال: « لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلى من

---

(1) سورة النجم ، الآية (٢٨).

(2) رواه الترمذي، سبق تخريجه. انظر ص ٥٢.

(3) أخرجه ابن ماجة سبق تخريج الحديث في ص ٥٢.

(4) سبق تخريج ذلك، ص ٥٢.

(5) أخرجه الترمذي مرجع سابق،جـ ٤ ، ص ٥٧٢..

إن أقيمها بالشبهات"[1].

وكان لسان حاله يقول: إن تبرئة مذنب لعدم ثبوت ذنبه، أفضل من إدانة بريء بحكم خاطئ، وأن إفلات الجاني الحقيقي من العقوبة، أهون بكثير من أن يدفع بريء ثمن جريمة غيره.

وإلى جانب سندها السابق ذكره، تجد سندها أيضاً - كما ذكرنا غير مرة- في استصحاب البراءة الأصلية، فالأصل في المدعى عليه براءة ذمته من الحقوق، وبراءة جسده من القصاص والحدود والتعزيرات، وبراءته من الأقوال كلها والأفعال بأسرها[2]. ولا ينفك عنه هذا الأصل إلا بدليل يقيني قاطع لا لبس فيه ولا شك.

وإذا كان هذا المبدأ قد ترسخ في التشريع الإسلامي، فإن التساؤل المثار في هذا الصدد هو عن دور درء الحدود عند الشبهات كمصدر من مصادر الحماية الجنائية لأصل البراءة، وعن نطاق هذه القاعدة، وهل هي قاصرة الدلالة على مجرد الحدود أم أنها تسري في كافة الجرائم الحدية، والتعزيرية على حد سواء؟

والإجابة عن ذلك يتطلب، **أولاً**: تبيان معنى الدرء والحد والشبهة، ثم تبيان نطاق تطبيقه في التشريع الإسلامي، وما يرتبه من نتائج. وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

مفهوم مبدأ درء الحدود بالشبهات

أولاً : المقصود بالدرء :

يقصد بالدرء الميل والدفع. ويقال: تدارأ القومُ في الخصومة: أي تدافعوا فيها. وتقول درأته عني، إذا دفعته.ودرأت الحدّ: أي أسقطته[3]. وقد ورد لفظ الدرء في العديد من آيات القرآن الكريم ، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ﴾[4]. ويقول تعالى: ﴿ وَيَدْرَءُونَ بِالْحَسَنَةِ السَّيِّئَةَ﴾[1]، أي يدفعون (بالحسنة

---

(1) نيل الأوطار ،جـ٧ ص٢٧٢ ، سبق الإشارة إليه ، ص ٥٢. وانظر نصب الراية للإمام عبد الله بن يوسف أبو محمد الحنفي الزيلعي ، المتوفى ٧٦٢ هـ ، دار الحديث مصر ١٣٥٧ ، جـ٣ ص٣٣٣ .

(2) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام ، انظر ما سبق ، جـ٢ ص٣٦.

(3) انظر كتاب الصحاح في اللغة للجوهري ، جا، ص٢٠٠. لسان العرب لابن منظور، جـ١، ص٧٦.

(4) سورة النور الآية ٨.

السينة). وتدرء الحدود بالشبهات اي تدفع بالشبهات. وادرؤوا الحدود بالشُبُهات اي ادفعوها بالشبهات.

ثانيا : المقصود بالحدود:

سبق القول بأن الحدود هي جمع حد. ولغة المنع[٢]، وأن كل ما قدره الشارع يعتبر حداً، وبالتالي، لا تجوز فيه الزيادة، أو النقصان.

والحدود في التشريع الإسلامي: بمعنى العقوبات المقدرة. يجوز أن تكون سميت بذلك من المنع، لأنها تمنع من الوقوع في مثل ذلك الذنب، ويجوز ان تكون سميت بالحدود التي هي المحارم، لكونها زواجر عنها، أو بالحدود التي هي المقدرات.

ولذلك قيل بأن الحدود، إنما هي زواجر تمنع الإنسان المذنب أن يعود إلى هذه الجريمة مرة أخرى.وهى كذلك تزجر غيره عن التفكير في مثل هذه الفعلة، وتمنع من يفكر أن يقارف الذنب، وهى ايضا نكال " أي مانع " من الجريمة على مستوى الفرد، وعلى مستوى الجماعة[٣].

والحدود عند جمهور الفقهاء: كما بينا سابقاً هي التي قدرها الشارع كما وكيفا[٤]. ويندرج تحت مصطلح العقوبات المقدرة لجرائم الحدود، العقوبات المقدرة لجرائم القصاص[٥]. وإذا قيل أن القصاص حق من حقوق الآدميين و ليست من الحدود التي هي حق لله، ومن ثم لا تسقط بالشبهة في الإثبات، لأن الشبهة تسقط وتدرأ فقط الحدود التي هي حقوق الله تعالى . ولكن الفقهاء الذين قالوا بإدراج القصاص ضمن الحدود[٦]، أنه ما من حق لآدمي إلا لله فيه حق، إذ من حق الله على كل مكلف ترك أذاه لغيره، فيكون القصاص حق من حقوق الله، كالحدود سواء بسواء. وإن كان حق العبد غالبا فيه.

وأما تسمية عقوبات بعينها حدوداً دون أن يدخل فيها القصاص، فهو عرف واصطلاح جرى عليه الفقهاء، وإلا فإن القصاص كالحدود مقدر، ويمنع من ارتكاب الجرائم. وكلمة الحد لها معنى واسع، فمحارم الله تعالى تسمى بالحدود، لقوله تعالى:

---

(١) سورة الرعد الآية٢٢.

(٢) راجع ما سبق ص ٨٦.

(٣) كشاف القناع عن متن الإقناع : منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، دار الفكر - بيروت- ١٤٠٢هـ ، جـ٦ ، ص ٧٧. القوانين الفقهية لابن جزي، ص ٢٣٢ وما بعدها.

(٤) الدكتور احمد فتحي بهنسي: " السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية " ،مرجع سابق، ص٢٢٩.

(٥) عبد القادر عودة: " التشريع الجنائي الإسلامي" الجزء الأول، مرجع سابق، ص ٢٠٧

(٦) المرجع السبق نفسه

﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرَبُوهَا﴾[1]. وما حدده الشارع وقدره، كالمواريث، وتزويج الأربع، تسمى بالحدود، وكل ما قدره الشارع يعتبر حداً[2]. وأما كونه من حقوق الآدميين، وبالتالي يعطيه اسماً خاصة متميزاً عن الحدود، فهذا غير مسلم به، إذ لا صلة ولا مناسبة بين تسمية العقوبة بالحد وكونها حقا لله، أو حق للفرد[3].

واما بالنسبة للعقوبات المقدرة لجرائم التعازير، فلا تندرج في الحدود،لأنها عقوبات غير مقدرة[4]، فقد يكون بالجلد، وقد يكون بالحبس، وقد يكون بالتوبيخ وغيرها .

ولا يجب الحد إلا على مكلف للحديث أن رسول الله ﷺ قال: رفع القلم في الحد عن الصغير حتى يكبر وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق وعن المعتوه الهالك" اخرجه الطبراني[5]

ثالثاً: المقصود بالشبهة:

عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الشبهة، بأنها ما يشبه الثابت، وليس بالثابت[6]، أو هي وجود المبيح للفعل صورة لا حقيقة[7]. وهناك من عرفها، بأنها عارض يترتب عليه، عدم اكتمال الشروط، أو الأركان التي يلزم توافرها كي توقع العقوبة على الجاني[8].

---

(1) سورة البقرة الآية ١٨٧.
(2) انظر : الدكتور عبد العزيز عامر : " التعزير في الشريعة الإسلامية" المشار إليه سابقا ، ص ٥٧ - ٥٨
(3) وقد عرف المقنن اليمني جرائم الحدود في المادة ١٢ من قانون الجرائم والعقوبات لسنة ١٩٩٤ بانها " الجرائم التي ما بين عقوبتها نص شرعي وكانت حقاً لله تعالى خالصاً أو مشوباً وهي سبع : ١- البغي ٢- الردة ٣- الحرابة ٤- السرقة ٥- الزنا ٦- القذف ٧- شرب الخمر " أما جرائم القصاص فقد عرفتها المادة ١٣ من ذات القانون بأنها " الجرائم التي ما بين عقوبتها نص شرعي وكانت حقاً للعباد وهي نوعان : ١- جرائم تقع على النفس مطلقاً وتؤدي إلى القتل. ٢- جرائم تقع على ما دون النفس وهي الجرائم التي تمس جسم الإنسان ولا تهلكه.
(4)عبد القادر عودة، " التشريع الجنائي الإسلامي ، مرجع سابق. ص ٢٠٧.
(5) فتح الباري في شرح صحيح البخاري، احمد بن علي بن حجر، مرجع سابق، جـ ١٢ ص ١٢١.
(6)حاشية رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين ، دار الفكر بيروت ١٣٨٦هـ، جـ ٤، ص ٢٣.
(7)الهداية في شرح البداية، للإمام علي بن ابي بكر المرغياني ، (٥١١ - ٥٩٣ هـ)، المكتبة الإسلامية بيروت ، بدون سنة نشر، جـ٢ ص ١٠٢ ، بدائع الصنائع، للإمام علاء الدين الكاساني، مرجع سابق، جـ٧، ص٣٦ . البحر الرائق شرح كنز الدقائق، للإمام زين بن إبراهيم بن محمد،(٩٢٦ - ٩٧٠ هـ)، دار المعرفة بيروت جـ٥ ص١٢. قواعد الفقه، محمد عميم الإحسان المجددي ، مرجع سابق، جـ١ ص٣٢٣ .
(8) الدكتور سامح السيد احمد جاد، " حدود سلطة القاضي الجنائي في تفسير دليل الإدانة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي المصري والإماراتي "، مرجع سابق، ص ٢٠٧.

ويفهم من ذلك، ان الشبهة تتعلق بإثبات توافر كافة الشروط، او الأركان المتطلبة لإقامة الحد، وليس بأصل وجود الحد ذاته، وترتيباً على ذلك، فإنه لا يترتب من جرائها سقوط الحد، وإنما يترتب على وجودها منع، او امتناع توقيع الحد على الجاني، وذلك متى كان من شأن توافر الشبهة زعزعة اليقين في ثبوت سبب الحد[1].

فالشبهة إذا، هي ما لم يتيقن ثبوته[2]. وهي تدفع باليقين. والأمر المتيقن منه هنا هو، أن الأصل في الإنسان البراءة من أي تهمة تمسه، أو تشير إليه. ولا ينفك عنه هذا الأصل إلا بدليل يقيني لا يخالطه عارض ولا تعتريه شبهة، ولهذا درا التشريع الإسلامي الحد بالشبهة، واعتبر ذلك وسيلة مهمة لجعل المتهم يبرأ بها ، فهو في الأصل بريء مما يوجب الحد، أو التعزير ، مادام متهما ليس إلا، ولم يثبت عليه ما يدينه[3].

المطلب الثاني

الشبهات الدارئة للحد

لا شك، أن قاعدة " درء الحدود بالشبهات "، أي جعل الظن والشك في صالح المتهم، قد استقرت في التشريع الجنائي الإسلامي، إعمالاً للحديث النبوي سابق الذكر، ولذلك، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية، قد أفاضوا في كتاباتهم المتعددة لما يعد شبهة من الشبهات التي تدرء الحد، وما ليس بشبهة دارئة. وكانت لهم تقسيمات وتفريعات كثيرة للشبهات في ثنايا كل جريمة من جرائم الحدود، وبما يؤدي إلى سقوط الحد[4].

---

(1) اسنى المطالب شرح روض الطالب، لأبي يحي زكريا الأنصاري، المكتبة الإسلامية ، جـ ٤ ، ص ١٣٦.

(2)كتاب التعاريف، محمد عبد الرءوف المناوي ، ٩٥٢-١٠٣١ هـ ، دار الفكر المعاصر - بيروت- ط١ ١٤١٠ هـ ص ٤٢٢.

(3)الدكتور صالح اللحيدان: " حال المتهم في مجلس القضاء "، مطابع الطوبجي- القاهرة - ط٣ ١٤٠٥-١٩٨٥ ، ص.٣٣

(4) على سبيل المثال: عند فقهاء الأحناف هناك ثلاثة أنواع للشبهة الدارئة للحد وهي: أولا: الشبهة في الفعل كمن ظن الحل فقد اشتبه عليه الأمر ولذا قيل إنها تتحقق في حق من اشتبه عليه الحل والحرمة، إذ لا دليل يفيد الحل؛ كمن يظن ان جارية زوجته تحل له لظنه أنه استخدام، واستخدامها حلال.وهنا لا بد من الظن وإلا فلا شبهة اصلا، وثانياً: الشبهة في المحل: ويطلق عليها شبهة حكمية أو شبهة ملك وتوجد بوجود الدليل الذي ينفي الحرمة، كان يطأ الأب جارية ابنه. وثالثاً: الشبهة في العقد كمن يطأ من تزوجها بغير شهود ، أو بغير إذن الولي، أو جمع بين اختين بوطء.انظر تفصيلاً: حاشية ابن عابدين ، حـ٤ . ص ٥ وما بعدها . المبسوط للسرخسي، جـ ٩ ص٣٦ وما بعدها. بدائع الصنائع للكاساني ، جـ ٧ ، ص ٣٣ وما بعدها. الهداية شرح البداية على بن ابي بكر المرغياني ، جـ ٢ ، ص ٩٥.

- وفي الفقه الشافعي قسمت الشبهة إلى ثلاثة أقسام: " الشبهة في الفاعل، كان يكون جاهلا، والشبهة -

ولقد اجتهد الفقهاء المحدثين في تأصيل تلك الشبهات، وجمع شتاتها، فجمعها البعض[1] في اربعة أقسام هي: شبهات تتعلق بركن الجريمة، وشبهات تتعلق بالجهل النافي للقصد الجنائي، وشبهات تتعلق بالإثبات، وأخيراً شبهات تتعلق بتطبيق النصوص على الجزئيات والخفاء في التطبيق.

وهناك من الفقهاء[2] من اختزلها في ثلاثة أقسام: وهي شبهات تتعلق بالركن الشرعي للجريمة، وشبهات تتعلق بتطبيق النصوص على الوقائع، وأخيراً شبهات تتعلق بالإثبات.

وسوف نناقش تلك الشبهات الدارئة للحد على النحو التالي:

الفرع الأول
الشبهات التي تتعلق بالقصد الجنائي

وهذا الشبهة الدارئة للحد، إما أن تكون متعلقة بإرادة الفعل ذاته، ويمثلون لها بمن زفت إليه غير زوجته، فوطئها على أنها زوجته، فلا حد عليه. وعليه المهر وعليها العدة، وقضى بذلك علي -رضي الله عنه-، إذ الإنسان لا يميز بين امرأته، وبين غيرها في أول الوهلة، فصار كالمغرور[3]. ولم يقصد ارتكاب جريمة الزنا.

أما من وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد، لأنه لا اشتباه بعد طول الصحبة، فلم يكن الظن مستندا إلى دليل. وهذا ،لأنه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم[4]. ولكن إذا كان يجهل أنها زوجته وقام مبرر لذلك، فلا يحد، لقيام الشبهة. وفي هذا قال فقهاء الشريعة[5]: " إن وجد الرجل امرأة في فراشه، فظنها زوجته فوطئها

-في المحل، كظن أنها زوجته والشبهة في الجهة، كالنكاح بلا ولي: انظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج ،دار الفكر بيروت ، جـ ٤ ، ص١٤٤. وانظر : نهاية الزين : محمد بن عمر بن علي بن نووي الجاوي، ط١ ، ص ٣٤٦. وانظر في الفقه الحنبلي : كشاف القناع عن متن الإقناع : منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، دار الفكر -بيروت- ١٤٠٢هـ ، جـ ٦ ، ص ٧٨. وفي الفقه المالكي: انظر: القوانين الفقهية لابن جزي، ص ٢٣٢.

(1) انظر: محمد أبو زهرة : " الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي " ، العقوبة ، دار الفكر العربي ، ص ٢٢٢ وما بعدها.

(2) الدكتور أحمد إدريس أحمد: مرجع سابق، ص ٩٥١. الدكتور هلالي عبد اللاه أحمد : " النظرية العامة للإثبات الجنائي.." ، مرجع سابق، ص ٤٥٠.

(3) الهداية شرح البداية، للمرغيناني، جـ ٢ ص: ١٠٢

(4) الهداية شرح البداية جـ ٢، ص: ١٠٢.

(5) المجموع شرح المهذب، للإمام أبي زكريا محيى الدين بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ دار الفكر - بيروت، جـ ٢١، ص ٣١٠.

لم يلزمه الحد،لأنه يحتمل ما يدعيه من الشبهة".

وكذلك من اخذ مالاً على صورة السرقة يظن انه ملكه، او ملك اصله وإن علا، او فرعه وإن نزل،كان يظن ان هذا المال ملك لأبيه، او لأبنه، ففي مثل هذه الحالات تقوم شبهات تدرء الحد، ذلك ان الشخص لم يقصد ان يسرق مالاً محروزاً مملوكاً للغير.وايضاً لما بينهما من الاتحاد ، ولأن مال كل منهما مرصد لحاجة الآخر[1].

وفي جريمة القتل، تقوم الشبهة فيما إذا كان الفاعل قصد إزهاق الروح أو مجرد الضرب الذي أفضى إلى الموت، وعندئذ فإن الشبهة تدرء حد القصاص، ويؤاخذ الجاني بالقتل شبه العمد. وهذا القصد يمكن أن تستخلصه المحكمة من الأداة المستخدمة، والمكان الذي أصابه المتهم في جسم المجني عليه[2].

وأما أن تكون الشبهة متعلقة بجهل الفاعل. وهنا الأصل أن لا يعذر الشخص بجهله في الأحكام الشرعية التي يعد علمها من الدين بالضرورة، بمعنى أن كل مسلم يعلم حرمتها بالضرورة، كحرمة الزنا والسرقة والردة والقذف وشرب الخمر والقتل، فجميعها ثابت في الكتاب والسنة.

ولكن الفقهاء اختلفوا في الشبهة المتعلقة بجهل الفاعل ، فهناك من الفقهاء[3] من فرق بين حالة الشخص الذي نشأ في الديار الإسلامية، وبين الشخص الذي نشأ في الديار غير الإسلامية.

فالشخص الذي نشأ في الديار الإسلامية، لا يعتد بجهله في الأحكام الشرعية التي

---

(1) مغني المحتاج، محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر -بيروت- ، جـ ٤ ، ص ١٦٢.

(2) وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا السودانية بأن " قصد المتهم الجنائي نستخلصه من السكين التي بطبيعتها آلة قاتلة لا بد أن تكون حادة كما نستشفه من المكان في جسم المرحوم الذي أصابه المتهم وهو الصدر حيث يرقد القلب الذي أدماه المتهم بتلك الطعنة النجلاء الغائرة كما نستقيه من الأثر البعيد والعميق الذي تركته تلك الإصابة في قلب المرحوم حيث أدمته وسببت نزيفاً حاداً استحكم واستمر حتى أردى القتيل قتيلاً في الحال ومثل هذه الإصابة الخطيرة بمثل تلك الآلة القاتلة في صدر المرحوم وهو أكثر أجزاء الجسم حيوية وحساسية لا تدع مجالاً للشك في أن المتهم لا بد قد كان يعلم أنه بتلك الإصابة سوف يتسبب في وفاة المرحوم كامر مرجح وليس مجرد محتمل أن الرجل المعقول العادي الرشيد لا بد أن يصاب بدهشة بالغة وباستغراب شديد وبذهول عميق إذا قيل له أن تلك الإصابة النجلاء الغائرة في قلب المرحوم في ذلك الموضع الحيوي والحساس والمقتل من جسم المرحوم وبذلك السلاح القاتل وبتلك القوة والعنف والقوة لم تؤد إلى وفاة المرحوم. حكم المحكمة العليا السودانية في القضية م ع/م ك/ ٩٦/ ١٩٨٧. حكم نشر على شبكة الانترنت.

(3) انظر: الدكتور هلالي عبد اللاه أحمد ، " النظرية العامة للإثبات الجنائي.."، مرجع سابق، ص ٤٥٧.

ينبغي ان يعرفها كل شخص بداهة،كالحكم الشرعي لجريمة الزنا والسرقة والردة والقذف والقصاص. ومن هذه الأحكام ما ينطبق حتى على غير المسلم المقيم في البيئة الإسلامية على قول راي من الفقهاء، لأن هذه الأحكام قد جاءت في كافة الشرائع السماوية ودليلهم في ذلك، أن رسول الله ﷺ قد طبق حد الرجم في يهوديين رجما. حيث جاء في صحيح مسلم[1] ،عن عبد الله بن عمر ان رسول الله ﷺ أتي بيهودي ويهودية قد زنيا، فانطلق رسول الله ﷺ حتى جاء زفر فقال: ما تجدون في التوراة على من زنى؟ قالوا: نسود وجوههما، ونحملهما، ونخالف بين وجوههما، ويطاف بهما. قال: فأتوا بالتوراة إن كنتم صادقين.فجاءوا بها فقراوها، حتى إذا مروا بآية الرجم، وضع الفتى الذي يقرأ يده على آية الرجم، وقرأ ما بين يديها وما وراءها فقال له عبد الله بن سلام وهو مع رسول الله ﷺ:مُره فليرفع يده، فرفعها، فإذا تحتها آية الرجم، فأمر بهما رسول الله ﷺ[2].

وأما الشخص الذي نشأ في ديار غير المسلمين ، فإن مظنة جهله بالأحكام الشرعية قائمة ولذلك فإن الحد ينتفي، فلا يطبق[3].

غير ان جمهور الفقهاء ذهبوا إلى، **أنه لا حد لمن لا يعلم بالتحريم وظن حلّ ما آتاه من فعل، ولم يعلم حرمتها، حتى لو كان في دار الإسلام، ما دام لم يبلغ.** أما إن كان عالما بالتحريم، فعليه الحد[4] لقول عمر وعثمان وعلي: " لا حد إلا على من علمه"[5]،

---

(1) صحيح مسلم ، دار إحياء التراث العربي بيروت ، جـ٣ ص ١٣٢٦ .

(2) وإذا كان النبي ﷺ رجم اليهوديين بحكم التوراة، إلا انه حكم عليهما بما انزل الله إليه بدليل قوله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾ المائدة ٤٨. ولأنه لا يسوغ للنبي صلى الله عليه وسلم الحكم بغير شريعته ولو ساغ ذلك لساغ غيره وإنما راجع التوراة لتعريفهم أن حكم التوراة موافق لما يحكم به عليهم وانهم تاركون لشريعتهم مخالفون لحكمهم. ثم هذا حجة لنا فإن حكم الله في وجوب الرجم إن كان ثابتا في حقهم يجب أن يحكم به عليهم فقد ثبت وجود الإحصان فيهم فإنه لا معنى له سوى وجوب الرجم على من زنى منهم بعد وجود شروط الإحصان.
وما ينبغي لفت الانتباه إليه ان فقهاء الشريعة قد اختلفوا بخصوص تطبيق الحد على اهل الذمة، حيث ذهب البعض إلى انه إذا تحاكم إلينا أهل الذمة او استعدى بعضهم على بعض فالحاكم مخير بين إحضارهم والحكم بينهم وبين تركهم سواء كانوا من اهل دين واحد او من اهل اديان هذا النصوص عن احمد وهو قول النخعي واحد قولي الشافعي والقول الثاني انه يجب الحكم بينهم وهذا القول الثاني للشافعي واختيار المزني لقول الله تعالى: " وان احكم بينهم بما أنزل الله " المائدة ٤٨.
انظر، المغني، لابن قدامه المقدسي، جـ ٩ ص ٤٢و٧٥. وانظر كتاب الأم للإمام الشافعي ، جـ٦ ، ص١٤٠.

(3) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، للإمام زين بن إبراهيم بن محمد (ابن نجيم)، ٩٢٦ — ٩٧٠ هـ دار المعرفة بيروت، ج٥ ص١٢.

(4) المغني لابن قدامة المقدسي، جـ٥ ، ص ١٥٥.

(5) كشاف القناع عن متن الإقناع ، جـ ٦ ، ص ٧٨، الهداية شرح البداية جـ ٢ ص ١٠١.

وما رواه سعيد بن المسيب انه قال : ذكر الزنا بالشام، فقال رجل زنيت البارحة فقالوا ما تقول ؟ قال: ما علمت ان الله عز وجل حرمه، فكتب - يعني عمر - إن كان يعلم أن الله حرمه، فخذوه، وإن لم يكن قد علم فأعلموه، فإن عاد فارجموه"[1] وحجتهم ان الحكم في الشرعيات لا يثبت إلا بعد العلم[2]. فلا حد على من زنى جاهلاً بتحريمه، أو عين المراة التي زنى بها، بأن اشتبهت عليه بزوجته[3].

ويظهر لنا مما سبق، ان الشخص إذا ادّعى جهله بالحكم الشرعي في جرائم الحدود، وكان لهذا الجهل ما يبرره، كان يكون حديث الإسلام، او ابن بادية، او من غير الديار الإسلامية ، أو كان الحد حق خالص لله كجريمة الزنا، فإنه يعذر بجهله للحكم الشرعي، فتدرء عنه عقوبة الحد. ذلك ان حقوق الله مبنية على المسامحة. وانتفاء الحد هنا لا ينفي المحدود ، أي ينتفي الحكم الشرعي للحد، فلا يطبق مع بقاء الفعل مجرم يستحق فاعله عقوبة تعزيرية.على ما سنبينه لاحقاً .

ويمكن أن ندلل على صحة ما توصلنا إليه، أن جارية سوداء رفعت إلى عمر- رضي الله عنه- وقيل: إنها زنت. فخفقها بالدرة خفقات- أي ضربها ضرباً خفيفاً-، وقال: أي لكاع زنيت ؟ فقالت من غوش بدرهمين (تخبر بالذي زنى بها ومهرها الذي اعطاها)، فقال عمر: ما ترون ؟ وكان عنده علي وعثمان وعبد الرحمن بن عوف، فقال علي -رضي الله عنه-: أرى أن ترجمها، وقال عبد الرحمن: أرى مثل ما رأى أخوك، فقال لعثمان- رضي الله عنه- ما تقول ؟ قال: أراها تستهل بالذي صنعت، لا ترى به بأساً، وإنما حد الله على من علم أمر الله عز وجل، فقال صدقت، فإن زنى رجل بامراة ، وادعى انه لم يعلم بتحريمه، فإن كان قد نشأ فيما بين المسلمين، لم يقبل قوله لعلم كذبه، وإن كان قريب العهد بالإسلام، او نشأ في بادية بعيدة عن المسلمين، أو كان مجنونا، فأفاق وزنى قبل أن يعلم الأحكام، قبل قوله، لأنه يحتمل ما يدعيه، فلم يجب الحد[4].

---

(١) المجموع شرح المهذب للإمام النووي، جـ٢١، ص ٣١٣ .

(٢)الأم للإمام الشافعي ، جـ ٦ ، ص ١٥٥.

(٣)وفي ذات الاتجاه ذهب الأمام الشافعي إلى انه لو ان رجلا اخذ مع امراة فجاء ببينة انه نكحها وقال نكحتها وانا اعلم ان لها زوجا او انها في عدة من زوج او انها ذات محرم وانا اعلم، في هذه الحال اقيم عليه حد الزاني، وكذلك إن قالت هي ذلك، فإن ادعى الجهالة بان لها زوجا او انها في عدة احلف، ودرئ عنه الحد. وإن قالت قد علمت اني ذات زوج ولا يحل لي النكاح أقيم عليها الحد، ولكن إن قالت بلغني موت زوجي واعتددت ثم نكحت درئ عنها الحد.

(٤)المجموع شرح المهذب للإمام ، جـ٢١، ص ٣١٠.

الفرع الثاني

الشبهات التي تتعلق بتطبيق النصوص على الوقائع

الحدود جزء لا يتجزأ من تشريعات الإسلام، وقد شرعت لحكم ومقاصد عظيمة، حيث يتحقق بإقامتها المحافظة على الضروريات التي جاءت الشريعة بحفظها، وهي حفظ الدين، والنفس، والعقل والعرض، والمال. وبالقدر الذي حرصت فيه الشريعة الإسلامية على تطبيق الحدود للمصلحة العامة، حرصت أيضاً على راعية مصلحة المتهمين بوضع قيود ضيقت من تطبيق الحدود، بحيث لا توقع عقوباتها إلا إذا توافرت كافة مقومات تطبيقها.

وعلى ضوء ذلك، لا تطبق الحدود، إذا توافرت شبهة في تطبيق النص، فاختلاف الفقهاء في واقعة من الوقائع بين الحل والتحريم، يورث شبهة تؤدي إلى درء الحد. ومن ذلك نكاح المتعة والشغار والتحليل والنكاح بلا شهود أو ولي تدرأ الحد في جريمة الزنا[1] . فهذه الأنكحة اجتمع فيها ما يوجب الحد، وما يسقطه، فغلب الإسقاط؛ لأن الحد مبنى على الدرء والإسقاط.

ومن امثلة ذلك في حد السرقة، أن عمر بن الخطاب- رضي الله عنه- أسقط القطع عن السارق في عام الرمادة، حين عمت المجاعة، وكثرة المحاويج والمضطرون، فصعب التمييز بين من يسرق من أجل الحاجة والضرورة، ومن يسرق وهو مستغن ولهذا قامة شبهة دارئة للحد أسقط بها عمر - رضي الله عنه- القطع عن السارق في هذا العام. وهذا ليس من باب تعطيل الحدود. وإنما كانت الضرورة شبهة في سقوط القطع، وعليه يحمل ما جاء عن عمر رضي الله عنه: .لا قطع في عام المجاعة،. أمّا إذا سرق ما ليس بقوت، قطع[2] .كما روي عنه قوله[3]: "لا يقطع في عذق[4]، ولا عام السنة[5]". وقال ابن القيم: "ومقتضى قواعد الشرع، إذا كانت السَّنة سنة مجاعة وشِدّة، غلب على الناس الحاجة والضرورة، فلا يكاد يسلم السارق من ضرورة تدعوه إلى ما يسد به رمقه...، وهذه شبهة قوية تدرأ القطع عن المحتاج، وهي أقوى من كثير

---

(١)مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، محمد الخطيب الشربيني، جـ ٤ ، ص١٤٤ .

(٢)المجموع شرح المهذب للإمام النووي ، جـ٢٦، ص ٤١٣.

(٣) مصنف ابن أبي شيبه،مكتبة الراشد-الرياض-الطبعة الأولى،١٤٠٩هـ،جـ٥ ،ص ٥٢١. وانظر أ: مصنف عبد الرزاق، جـ ١٠ ، ص٢٤٢.

(٤)والعذق هو: النخلة أو الغصن من النخل فيه ثمره.

(٥)وعام السنة: المراد بالسنة:الجدب، والقحط، وانقطاع المطر، ويبس

من الشبه التي ذكرها كثير من الفقهاء "[1].

وجاء أيضاً أن عمر -رضي الله عنه- درء الحد عن غلمان حاطب بن أبي بلتعة لما علم أن سرقتهم كانت عن حاجة، وكذلك درء الحد عن الخادم الذي سرق من مال مخدومه[2].

الفرع الثالث

الشبهة في الإثبات

من المتفق عليه لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، أن جرائم الحدود والقصاص تثبت بالشهادة، أو بالإقرار[3]، على خلاف جرائم التعازير التي تثبت بكافة طرق الإثبات.

وسوف نناقش الشبهة الدارئة للحد في الإثبات بالشهادة، أو بالإقرار. وذلك على النحو التالي:

أولاً : الشبهة في الشهادة:

إن إثبات جريمة الحدود، أو القصاص في النفس " القتل العمد " بشهادة الشهود ضرورة اقتضتها فلسفة طرق الإثبات في التشريع الجنائي الإسلامي، كما اقتضاها

([1])إعلام الموقعين، دار الجيل -بيروت، جـ ٢ ص١١ .

([2]) انظر: إعلام الموقعين، مرجع سابق، جـ ٣، ص ١١. مصنف ابن أبي شيبه، جـ٥، ص٥٢١.

([3]) وقد أثير التساؤل عما إذا كانت القرائن القاطعة أو المقنعة تكفي لإثبات جرائم الحدود في حال عدم توافر الشهود أو الإقرار؟
وقد اختلف الفقه في الإجابة على هذه التساؤل ، فمنهم من أجاز الحكم بالقرائن ومنهم من انكر ذلك، فأما الذين اجازوا ذلك فسندهم قول الله تعالى في سورة يوسف - عليه السلام- ﴿ قَالَ هِيَ رَاوَدَتْنِي عَن نَّفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (٢٦)وَإِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِن الصَّادِقِينَ﴾ (٢٧)سورة يوسف. ووجه الاستدلال أن الشاهد اقام قرينة للإثبات في هذه الواقعة، حيث جعل من موضع شق الثوب دليل براءة أو إدانة. فإذا كان شق الثوب من الأمام قرينة على انه هو الذي بادئها وهي امتنعت وإن كان الشق من الخلف فهي التي اخذت بتلابيب ثوبه حين حاول الانصراف عنها . كما استدلوا بحمل غير المتزوجة قرينة كافية لإثبات ارتكابها جريمة الزنا وهو ما ذهب إليه فقهاء المالكية واستثنوا من ذلك إذا ادعت انها وطئت في حالة جنون او إكراه وظهر اثر ذلك عليها، او ادعت انها وطئت بين فخذيها فيقبل قولها لقيام الشبهة ويسقط عنها الحد . وعلى خلاف أبي حنيفة والشافعي وأحمد حيث ذهبوا إلى ان حمل غير المتزوجة لا يعتبر قرينة على زناها لوجود عدة احتمالات لحملها بأن اكرهت على الزنا أو وطئت بشبهة أو دخل ماء الرجل في فرجها من غير الجماع المعتبر شرعاً فهذه الشبهات كفيلة بدرء الحد . انظر تفصيلا فيما ذهب إليه الفقه المالكي : حاشية الدسوقي جـ ٤ ، ص ٣١٩. وفي الفقه الحنفي : بدائع الصنائع،جـ٧ ، ص ٦٢. وفي الفقه الشافعي : روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي ، جـ ١٠ ، ص ٩١. وفي الفقه الحنبلي : كتاب المغني لابن قدامة المقدسي ، جـ٩، ص ٧٣.

مبدأ العدالة والإنصاف الذي قرره وارسى دعائمه التشريع الإسلامي، التي من أهدافها الأساسية بسط العدل بين كافة الناس.

غير أن التشريع الجنائي الإسلامي قد وضع جملة من الشروط، يجب أن تستوفى في شخص الشاهد، وفي موضوع الشهادة، حتى يعتد بها في إدانة المتهم بجريمة من الجرائم الحدية، وإذا تخلف أي شرط من هذه الشروط، فإنه يؤدي إلى درء الحد.عملاً بأصل البراءة.

والشروط التي تضمنتها كتب الفقه الإسلامي[1] في الشهادة عديدة، منها ما هي شروط عامة، ومنها ما هي شروط خاصة، ولا يتسع المجال للخوض في تفاصيل هذه الشروط، ويمكننا ان نوجز هذه الشروط على النحو التالي:

١- الشروط العامة في الشهادة :

وتتمثل في الآتي:

أ- الإسلام: فلا تجوز شهادة غير المسلم على المسلم. وأما شهادة غير المسلم على غير المسلم، وكانا من ديانة واحدة، فقد أجازها الحنفية؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم رجم يهوديين بشهادة اليهود عليهما بالزنا[2].

ب- العدالة: وضابطها غلبة الخير على الشر في الإنسان، وأنه لم يعهد عليه الكذب.ولم يعرف عنه الفسق[3]. وقيل هي استواء أحواله في دينه، وقيل من لم تظهر منه ريبة[4].واستدلوا بقوله تعالى:﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ﴾[5]. وقال ﷺ: " لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا محدود في الإسلام ولا محدودة ولا ذي غمر على أخيه "[6].

---

(1) انظر: منار السبيل،إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان،(١٢٧٥هـ- ١٣٥٣هـ)مكتبة المعارف- الرياض- ١٤٠٥هـ، ط٢ ، جـ ٢، ص ٤٣١. كشاف القناع عن متن الإقناع : منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، دار الفكر - بيروت- ١٤٠٢هـ ، جـ ٦ ، ص ٤١٦.

(2) منار السبيل ، لابن ضويان، جـ ٢، ص ٤٣١. كشاف القناع عن متن الإقناع ، للبهوتي، جـ ٦ ، ص ٤١٦.

(3) المبسوط للسرخسي ،جـ ١٦، ص ١٢٠.

(4) منار السبيل لابن ضويان، المرجع السابق ، جـ ٢، ص ٤٣٢. كشاف القناع ، للبهوتي ، جـ ٦ ، ص ٤١٦.

(5) سورة الطلاق ،الآية ٢.

(6) رواه ابو داود واحمد والبيهقي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. وضعفه من المعاصرين الألباني في (إرواء الغليل حديث رقم ٢٦٧٥) وفي رواية " لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على اخيه " انظر سنن البيهقي الكبرى جـ١٠ ص ٢٠٠ ، سنن أبي داود ، جـ ٣ ص ٣٠٦.

ج- البلوغ والعقل: فلا تقبل شهادة الصغير ولا المجنون ولا المعتوه، لأن شهادتهم لا تفيد اليقين الذي يحكم بمقتضاه. ولأن قولهم على انفسهم لا يقبل، فعلى غيرهم اولى[1] ولقوله تعالى: ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾، وللحديث المذكور سابقاً.

د- النطق: فلا بد أن يكون قادرا على الكلام بصورة مفهومة. فإذا كان أخرس فلا تقبل شهادته. ولو فهمت إشارته، لأن الشهادة يعتبر فيها اليقين[2]. وهناك قول لأبي حنيفة واحمد والمختار من مذهب الشافعي بأنه تجوز شهادته إذا كتبها بخط يده[3].

هـ-الحفظ والضبط: فلا تقبل شهادة المتهم بسوء الحفظ والضبط.وكثرة السهو والغفلة والغلط لفقد الثقة بكلامه[4].

٢- الشروط الخاصة في جرائم الحدود:

الشرط الأول: الذكورة:

الأصل ان الذكورة ليست بشرط لأداء الشهادة، فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال، لقوله تبارك وتعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾[5] فظاهر النص يقتضي، أن يكون للنساء مع الرجال شهادة على الإطلاق من غير فصل إلا ما قيد بنص خاص.

وقد استثنى التشريع الجنائي الإسلامي الشهادة في الحدود، حيث اشترط الذكورة في الشهود ولا تقبل فيها شهادة النساء بحال. و قد ثبت ذلك بنص خاص في الحديث الذي رواه شريح قال:" لا تجوز شهادة النساء في الحدود "، وذكر بعد هنا عن الزهري قال: مضت السنة من لدن رسول الله ﷺ والخليفتين من بعده، انه لا تجوز شهادة النساء في الحدود، لأن في شهادة النساء ضرب من الشبهة، فإن الضلال والنسيان

([1]) منار السبيل ،لابن ضويان، مرجع سابق، جـ ٢، ص ٤٢٨.

([2]) كشاف القناع عن متن الإقناع : البهوتي ، ، جـ ٦ ، ص ٤١٦.

([3]) المغني لابن قدامة، جـ ١٠، ص ٣٢٢. المبدع لابن مفلح ، المكتب الإسلامي - بيروت-، ١٤٠٠هـ جـ ٨، ص٥٤.وله أيضاً، النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر، مكتبة المعارف - الرياض- ، ١٤٠٤هـ جـ٢، ص ٢٨٦. منار السبيل مرجع سابق، جـ ٢، ص ٤٣١.

([4]) منار السبيل المرجع السابق ، جـ ٢، ص ٤٣١.

([5]) سورة البقرة ،الآية ٢٨٢.

يغلب عليهن ويقل معهن معنى الضبط والفهم [1]، وإلى ذلك اشار الله تعالى في قوله عز وجل: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى﴾ [2].

والظاهر ان الحكمة من عدم جواز شهادة النساء في الحدود- إلى جانب ما ذكر- ان جرائم الحدود - غالباً- تخدش الحياء، وطبيعة المرأة يغلب عليها "الاستحياء"، مما يجعلها تنفر، دون ان تتحقق من الفعل على وجه اكيد، فمثلاً في جريمة الزنا لا يمكن للمرأة ان تنظر إلى العورة بشكل يسمح لها من أداء الشهادة على وجهها المطلوب على عكس الرجال.

ولكن هناك من فقهاء الشريعة من فرق بين تطبيق الحدود التي هي حق خالص لله، والحدود المشوبة بحقوق العباد، او التي هي حق آدمي محض، فالحدود التي هي حق لله تعالى الستر فيها أولى، وبالتالي لا تقبل فيها شهادة النساء، لقيام شبهة تدرء الحد، أما في الحدود التي فيها حق لله وحق للعباد- كالسرقة-، فإن السارق لا يحد، إذا شهد رجل، وامراتان على السرقة، ولكن يقضى بالمال دون القطع [3]. ولا يعفى ذلك من توقيع عقوبة تعزيرية.

ومع ذلك اجاز المقنن اليمني في المادة ٢٩٧ من قانون الجرائم والعقوبات اليمني، من إقامة الحد في جريمة السرقة بتوافر شاهد رجل وامراتين عدول. على خلاف الزنا وسائر الحدود والقصاص التي أوجب أن يكون الشهود اربعة رجال عدول في الزنا ورجلان في سائر الحدود والقصاص [4].

الشرط الثاني: استيفاء النصاب المحدد لقبول الشهادة:

فحد الزنا يثبت بشهادة اربعة شهود عدول، وهذا إجماع لا خلاف فيه بين أهل العلم، لقوله تعالى: ﴿لَوْلَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَٰئِكَ عِندَ اللَّهِ هُمُ

---

(1) المبسوط، جـ ١٦، ص ١١١.

(2) سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

(3) مجمع الأنهر ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المشهور بشيخ زاده، دار إحياء التراث العربي، جا، ص ٥٩٧.

(4) انظر، نص المادة ٤٥ من القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٩٢ بشأن الإثبات والمعدلة بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٩٦ حيث قضت بان نصاب الشهادة حسب ما يلي: ١- في الزنا أربعة رجال. ٢- في سائر الحدود والقصاص رجلان وهذا النص يتعارض ظاهرياً مع نص المادة ٢٩٧ من قانون العقوبات التي جعلت حد السرقة تثبت بتوافر شاهد رجل وامراتين عدول.

الْكَاذِبُونَ﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾[2].

ويروى عن عطاء وحماد، انه يقبل في شهادة الزنا ثلاثة رجال وامرأتان، وهو شذوذ لا يعول عليه، لأن لفظ الأربعة اسم لعدد المذكورين ، ويقتضي أن يكتفي فيه بأربعة.

وأما سائر الحدود والقصاص، فتثبت بشهادة شاهدين على الأقل، لقوله تعالى:﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾[3].

والغرض من اشتراط العدد في الشهادة - وفقاً لقول الفقهاء-" ان الخبر الصادر من اثنين آكد ظنا، واقوى حسبانا، من الخبر المستفاد من قول الواحد، وكلما كثر المخبرون، كثر الظن بكثرة عددهم إلى أن ينتهي خبرهم إلى الاعتقاد، فإن تكرر بعد حصول الاعتقاد انتهى إلى إفادة العلم وهذا معلوم باطراد العادات، فيما يندرج فيه من الخبر المتواتر"[4].

وقد يقول قائل: لماذا نصاب الشهادة في جريمة القتل العمد -وهي القصاص حداً- أقل من نصاب الشهادة في الزنا، مع أن القتل أعظم من الزنا، والمفترض أن تكون نصاب الشاهدة في جريمة القتل أربعة شهود كما هو في الزنا؟

وللإجابة عن ذلك، يمكن القول: إن الغرض من كثرة العدد في الزنا لقيام الحد، نظراً لما يصاحب هذه الجريمة من وصمة عار، تلحق بالشخص وبأسرته من بعده، ولذلك فقد ضيق الشرع طريق إثباتها، حفاظاً على أعراض الناس، وعلى البنيان الاجتماعي للأسرة،،إذ لا يتيسر حضور أربعة شهود عدول يشاهدون زنا الزانيين، وبالتالي كان الستر فيها اوجب، وبذلك تحقق مقصود الشرع من جلب المصالح، ودرء المفاسد. اما في القتل، وإن كان جرماً عظيماً، فإنه لا يشكل عار يلحق بالأسرة وبالمجتمع، بل في الغالب قد يتبجح كثير من الناس بقتل الأعداء وتمتدح به

---

(1) سورة النور، الآية:١٣

(2) سورة النور، الآية:٤

(3) سورة الطلاق، الآية:٢

(4) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ، جـ ٢ ص ٣٧.

عشائرهم، وذلك كثير مشهور في بلداننا العربية.

الشرط الثالث: توافر اليقين والجزم في مضمون الشهادة:

اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية، أن تكون الشهادة بصيغة الجزم واليقين، فلا تقبل الشهادة المبنية على الظن، كأن يقول الشاهد، فيما أظن، أو فيما أعلم، وما شابه ذلك من عبارات توحي بعدم تيقن الشاهد وكذلك لا تقبل الشهادة على الشهادة، أو ما تسمى بالشهادة السماعية[1] .واستدلوا بقول الله تعالى:﴿ إِلَّا مَن شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ﴾[2].

ففي الزنا، يشترط أن يصف الشهود الزنا صراحة بلا تكنية. بأن يشهد أربعة من الرجال العدول على غيبوبة ذكره في فرجها، كما يغيب الميل في المكحلة والرشاء في البئر. وهذا أمر في غاية الندرة، زيادة في التشديد وطلباً لحصول الستر[3].

ولضمان اليقين في مضمون الشهادة في الحدود، فقد أوجب فقهاء الشريعة أن تتحد الرؤية لدى الشهود، بأن يروا جميعاً في وقت واحد، بعد تفريقهم ليسأل كل واحد على حدته[4] ، كيف رأى وفي أي وقت رأى وفي أي مكان رأى، فإن اختلفوا أو بعضهم بطلت شهادتهم وسقط الحد، لقيام شبهة تدرء الحد[5] .

وفي السرقة، يشترط أن تتحد الرؤية لدى الشاهدين، وأن يصفا السرقة، والحرز وجنس النصاب، وقدره، وكيف أخذت ، ليزول الاختلاف، وليتوصل بذلك إلى اليقين الجازم المؤدي إلى إقامة الحد، أو عدمه، فمثلاً يقولان: نشهد أن هذا سرق كذا، قيمته كذا من حرزٍ ، ويصفان الحرز، فإذا اجتمعت هذه الشروط ، وجب القطع في

---

(1) المحرر في الفقه، عبد السلام بن عبد الله الحراني ،٥٩٠-٦٥٢ ، مكتبة المار - الرياض-، ١٤٠٤ هـ ، ط٢ ، جـ٢ ص ٣٣٤ .

(2) سورة الزخرف ، الآية: ٨٦.

(3)وهذا قول معاوية بن ابي سفيان والزهري والشافعي وأبي ثور وابن المنذر وأصحاب الراي لما روي في قصة ماعز أنه لما أقر عند النبي صلى الله عليه وسلم بالزنا فقال أنكتها فقال نعم حتى غاب ذلك منك في ذلك منها كما يغيب المرود في المكحلة والرشاء في البئر قال نعم وإنما اعتبر التصريح في الإقرار كان اعتباره في الشهادة أولى. انظر : المغني لابن قدامة المقدسي،جـ٩ ، ص ٦٥. الشرح الكبير، للدرديري (ابو البركات) دار الفكر -بيروت- جـ٤ ، ص ١٦٤.

(4) وفي هذا الخصوص نصت المادة ٦٦ من قانون الإثبات اليمني والمعدلة بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٩٦ على أنه " للقاضي أن يفرق بين الشهود قبل سماع شهادتهم .. ويكون ذلك في الحقوق وفي الحدود".

(5)الشرح الكبير للدرديري (ابو البركات)، جـ٤ ، ص ١٦٤.

قول عامة اهل العلم[1].

وفي القذف، ينبغي ان يفيد الشهود، وقوع القذف بشكل صريح لا لبس فيه، ولا مجاز، فمثلاً ، إذا قال لرجل انت ازنى الناس، او قال انت ازنى من زيد .فظاهر هذا اللفظ، ان زناه اكثر من زنا زيد، واكثر من زنا سائر الناس. وقال الشافعي انه لأحد عليه، حتى يقول انت ازنى زناة الناس، او زان وانت ازنى منه[2].

وفي الردة، ينبغي ان يشهد شاهدان عدل من المسلمين علي الشخص، بأنه فعل او قال ما يقتضي الردة عن الإسلام.

وفي شرب الخمر، ينبغي على الشهود، أن يحددوا في شهادتهم، انهم شاهدوا الشخص يشرب الخمر، وأن يصفوا كنهه، وكيف تحققوا منه. أما إذا شهد الشهود بأنهم ادركوا ذلك من خلال رائحة الشخص، فإن فقهاء الشريعة قد اختلفوا في ثبوت الحد بالرائحة، فقال مالك واصحابه وجمهور أهل الحجاز: يجب الحد بالرائحة، إذا شهد بها عند الحاكم شاهدان عدل. وخالفه في ذلك الشافعي وأبو حنيفة وجمهور أهل العراق وطائفة من أهل الحجاز وجمهور علماء البصرة، فقالوا: لا يثبت الحد بالرائحة. وهو ما نرجحه ،لأن الرائحة ليست دلالة قاطعة على شرب الخمر، لكنها قرينة وشبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات[3].

وينبغي أن يستمر ثبات الشهود على شهادتهم بشكل قاطع، حتى الحكم والتنفيذ، بحيث إذا انتفى وصف اليقين، في اي مرحلة من مراحل نظر الدعوى قبل تنفيذ الحكم، امتنع توقيع الحد، لانتفاء الصفة المتطلبة في الشهادة التي يبنى عليها الحكم[4].

وفي هذا الخصوص نص المقنن اليمني، بأن" حد الزنا يسقط عند اختلال أحد شهوده، أو اختلال الشهادة، او تخلف شرط من شروطها، أو الرجوع فيها قبل التنفيذ، او عجز الشهود، أو احدهم عن بدء الرجيم بعد الحكم به " المادة ٢٦٦ من قانون الجرائم والعقوبات اليمني".

---

(1) المغني ،لابن قدامه، جـ ٢٠، ص ٢٧٣.

(2) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام، جـ٢، ص: ١٠٥

(3) الدكتور هلالي عبد اللاه احمد : " النظرية العامة للإثبات الجنائي "، مرجع سابق ، ص ٤٣١.

(4) الدكتور هلالي عبد اللاه احمد : المرجع السبق نفسه، ص ٤٣٦.

الشرط الرابع: ألا يتقادم الحد:

ومؤدى هذا الشرط، أن الشهادة ينبغي ألا تتراخى عن وقت ارتكاب الجريمة، لأن التأخير مدعاة للشك في صحة الدليل. وقد اختلف فقهاء الشريعة حول ما إذا كان التراخي في أداء الشهادة يكون سبباً في سقوط الحد إلى رأيين:

الرأي الأول:

وهو رأي أبي حنيفة وأصحابه وبعض الحنابلة، حيث ذهب هؤلاء إلى أن الحدود التي هي محض حق لله تعالى، كحد الزنا، وشرب الخمر،لا تقام إذا تقادم عليها العهد. لأن حق الله تعالى أقرب إلى الدرء. وحجتهم في ذلك: حديث عمر حيث قال:" أيما قوم شهدوا على حد، لم يشهدوا عند حضرته، فإنما هم شهود ضغن".ومفهوم ذلك عندهم: " أن الشاهد مخير في الابتداء بين أن يستر عليه، أو يشهد، فلما أخر الشهادة، دلّ على أنه مال إلى الستر، ثم حملته العداوة على أن يترك الستر، ويشهد عليه، فلا تكون هذه شهادة بطريق الحسبة[1]، فلهذا لا تقبل[2].

بخلاف حد القذف، وحد السرقة، لتعلقهما بحق العباد، وما تسببه لهم من ضرر وخسران والشهادة عليهما لا تقبل إلا بخصومة المقذوف، أو المسروق منه، وطلبهما الحد، ولذلك تقبل الشهادة بعد تقادم العهد بسبب تأخر الخصومة من قبل المقذوف أو المسروق منه[3].

وفيما يتعلق بالقذف، والسرقة، ثار البحث حول تحديد المدة التي يعتبر مرورها بمثابة تأخير يورث الشبهة الدارئة للحد. فهناك قول لأبي حنيفة، أنه لم يؤقت في التقادم وقتاً محدداً، بحجة، أن التأخير قد يكون لعذر، والأعذار في اقتضاء التأخير مختلفة باختلاف أحوال الناس في البعد من القاضي والقرب منه.

والتوقيت لا يكون بالرأي بل بالنص، فلما لم يجد فيه نصاً فقد أبى أن يؤقته بشيء،، وجعله موكولاً إلى رأي القاضي[4].

---

(1) ويقصد بالحسبة ان يؤديها دون طلب من احد فهي لله لقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ الطلاق:٢.

(2) في الفقه الحنفي انظر: المبسوط للسرخسي، جـ٩، ص٣٦. وفي الفقه الحنبلي انظر: الكافي لابن قدامة المقدسي، المكتب الإسلامي، ١٩٨٨، جـ٤، ص ٥٤٧.

(3) المبسوط للسرخسي، جـ٩، ص٣٧.

(4) المبسوط للسرخسي، جـ٩، ص٣٧. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، جـ٧، ص ٦٨.

وهناك قول لأبي حنيفة:إنهم إذا شهدوا بعد سنة، لا تقبل شهادتهم. وأشار الطحاوي إلى أنه بعد انقضاء ستة أشهر لا تقبل الشهادة بعدها[1].

والرأي الغالب لدى أصحاب أبي حنيفة، أن مدة التقادم تقدر بشهر، ذلك أن ما دون الشهر قريب عاجل، والشهر وما فوقه آجل، فإذا شهدوا به بعد شهر لا تقبل[2].

ولكن هذا إذا لم يكن بينهم وبين القاضي مسيرة شهر، فإن كان ذلك، وعلم أنه تأخر الأداء لبعدهم من مجلسه، لا يكون ذلك قدحاً في شهادتهم، ولا يمتنع إقامة الحدّ به، لحديث المغيرة، عندما كان والياً بالبصرة ، حين جاء الشهود إلى المدينة، فشهدوا عليه بالزنا، فكتب إليه عمر بن الخطاب - أن سلم عملك إلى أبي موسى ، والحق بي ثم لما حضر قبل الشهادة عليه. فدل ذلك على أن التقادم، إذا كان لعذر ظاهر لا يكون قدحاً بالشهادة[3].

وأما في شرب الخمر، فإن تقادم الحد يكون بزوال رائحة الخمر، فلا يقام عليه حد الشرب، إذا شهدوا بعد زوال رائحة الخمر. وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف[4].

الرأي الثاني:

وهو رأي المالكية والشافعية وبعض الحنابلة، حيث ذهب هؤلاء إلى أن التأخر في أداء الشهادة غير مسقط للحد، وبالتالي، فإن سائر الحدود تقام، كما هو حال بقية الحقوق[5]. بل إن المالكية ترى أن الحد يقام على الشخص مهما تقادم. وفي هذا الصدد ذهب الإمام مالك إلى أنه " إذا تقادمت السرقة، فشهدوا علي السارق بعد حين من الزمان، فإنه يقطع، وإن تقادم. وكذلك الحدود كلها، كشرب الخمر والزنا لا يبطل الحد وان تقادم وطال زمانه ، أو تاب السارق، وحسنت حاله. وكذلك إن أقر بعد طول من الزمان، فإنه يحد. وقد سئل الإمام مالك: " أرأيت إن شرب الخمر وهو شاب في شبيبته، ثم تاب وحسنت حاله وصار فقيهاً من الفقهاء عابداً، فشهدوا عليه

---

(1) المبسوط ، جـ٩ ، ص٣٦.

(2) ذات المرجع السابق، جـ٩ ، ص ٣٧.

(3) ذات المرجع السابق، جـ٩ ، ص ٣٧. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني ، جـ٧ ، ص ٦٨. حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٢٠٢. اللباب في شرح الكتاب ، عبد الغني الغنيمي، دار المعرفة، جـ١ ، ص ٥٤٠.

(4) المبسوط للسرخسي، جـ٩ ، ص ١٣٣.

(5) المدونة الكبرى، لابن سحنون، جـ ٦، ص ٢٨٣. الكافي لابن قدامة،جـ٤،ص ٥٤٧. روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي، جـ٣، ص٣.

ايحد أم لا؟ قال: نعم يحد"[1] .

والظاهر أن تقادم الشهادة في الحدود يورث شبهة تدرأ الحد ، خصوصاً في الحدود التي هي حق محض لله تعالى، كالزنا وشرب الخمر، أما الحدود التي فيها حق للآدميين كالقصاص فهي تقبل إذا تقادم عليها الزمن طالما وُجدَ عذر يبرر هذا التأخير. وفي السرقة يسقط الحد للشبهة ، غير أن ذلك لا يؤثر على الحقوق المالية. ونميل مع ما ذهب إليه أبي حنيفة من حيث عدم تأقيت مدة محدد للشهادة، وترك تقدير ذلك للقاضي.

والجدير بالذكر أن المقنن اليمني، قد جعل التأخر في أداء الشهادة في الزنا سبباً لسقوط حد الزنا[2].

٢-أثر رجوع الشهود عن شهادتهم في درء الحد :

يثار التساؤل عن حكم رجعوا الشهود، أو أحدهم عن الشهادة.

والإجابة على ذلك محل خلاف بين أهل العلم على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن على جميعهم الحد في إحدى الروايتين عن أحمد، وهو قول أبي حنيفة[3].

والقول الثاني : يحد الثلاثة دون الراجع عن الشهادة ، وهي الرواية الثانية عن أحمد ، لأنه إذا رجع قبل الحد، فهو كالتائب قبل تنفيذ الحكم ، فيسقط عنه الحد ، ولأن في درء الحد عنه تمكيناً له من الرجوع الذي يحصل به مصلحة المشهود عليه ، وفي إيجاب الحد عليه زجر له عن الرجوع خوفا من الحد فتفوت تلك المصلحة وتتحقق المفسدة فناسب ذلك نفي الحد عنه[4] .

والقول الثالث: يحد الراجع دون الثلاثة، و بذلك قال الشافعي، لأنه مقر على نفسه بالكذب في قذفه[5]، وأما الثلاثة، فقد وجب الحد بشهادتهم ابتداءً، ثم سقط بعد

---

(1) المدونة الكبرى، لابن سحنون جـ ٦ ،ص ٢٨٣.

(2) وقد نصت المادة ٢٦٦ من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على أن " يسقط حد الزنا وما في حكمه إذا ثبت أمام المحكمة وتوفر حالة من الحالات الآتية : .. ٢- إذا تأخر الشهود أو أحدهم عن أداء الشهادة"

(3) الدر المختار، مرجع سابق، جـ٤، ص ١٦٥. المغني لابن قدامة ، مرجع سابق، جـ ١٠ ، ص ٢١٩. روضة الطالبين ، مرجع سابق،جـ ١٠، ص١٠٩.

(4) روضة الطالبين ،جـ ١٠، ص١٠٩.

(5) الهداية شرح البداية، للمرغيناني ، جـ ٢ ص ١٠٨.

وجوبه برجوع الشاهد. ومن وجب الحد بشهادته لم يكن قاذفا، فلم يحد كما لو لم يرجع[1].

والظاهر لدينا، أن القول بإقامة الحد على الثلاثة، دون الرابع هو الأرجح. ومما يعضد رأينا، إقامة الحد على الثلاثة الذين قذفوا المغيرة رضي الله عنه، عندما لم يشهد الرابع بعين شهادتهم.

ثانياً : الشبهة في الإقرار:

الإقرار إخبار بحق الآخر على نفسه، ولا يصح إلا لمعلوم،[2]، اي منصباً على واقعة معلومة لا تقبل التأويل، وهو حجة في حق المقر يوجب عليه الحد، أو القصاص او التعازير وسائر الحقوق[3].

ويشترط لصحة الإقرار أن يكون من شخص مكلف، حر غير مكره. اما الصبي والمجنون والسفيه والمكره، فلا يبنى على إقرارهم حكم[4]. كما يشترط في الإقرار ما يشترط في الشهادة من أن يكون بصيغة الجزم واليقين.

واما ما يتعلق بعدد مرات الإقرار، فقد ذهب الأحناف وبعض أئمة الزيدية إلى اشتراط تكرار المقر بإقراره قياساً على عدد الشهود في الزنا والسرقة، واما في سائر الحدود فلم يثبت عن أبي حنيفة، أنه اشترط الإقرار مرتين بحسب عدد الشهادة[5].

ففي الزنا، يشترط أن يقر أربعاً، وحجتهم في ذلك قصة ماعز، عندما جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: زنيت فطهرني، فأعرض عنه فجاء إلى الجانب الآخر، فقال مثل ذلك، فأعرض عنه فجاء إلى الجانب الثالث، وقال مثل ذلك، فأعرض عنه فجاء إلى الجانب الرابع، وقال مثل ذلك، وفي رواية قال في كل مرة، وأن هنا للآخر، فلما كان في المرة الرابعة قال «الآن أقررت أربعاً فبمن زنيت»[6]. ووجه الاستدلال، أنه لو لم

---

(1) وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع وحده وغرم ربع الدية أما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق. انظر : الهداية شرح البداية، مرجع سابق، جـ ٢ ص ١٠٨.
(2) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، مرجع سابق، جـ٢، ص ٢٨٨.
(3) المرجع السابق نفسه
(4) الشرح الكبير ، مرجع سابق، جـ٣ ص ٣٩٧ .
(5) تحفة الفقهاء ، للسمرقندي ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١ ، ١٤٠٥ هـ ،جـ٣، ص١٩٣.
(6) المبسوط، للسرخسي، مرجع سابق ، جـ٢، ص١٤٠.

يكن العدد من شروط الإقرار لما أعرض عنه في المرة الأولى والثانية والثالثة وحكم في الرابعة.

وكذلك الحال في الإقرار بالسرقة، فقد ورد عن الرسول الله ﷺ أنه أتي بلص.فقال له رسول الله ﷺما إخالك (أظنك) سرقت؟ قال بلى مرتين، أو ثلاثا[1]. ووجه الاستدلال أن الرسول كرر على المقر إقراره للتثبت .

وروي أن علياً -رضي الله عنه- قال لا يقطع السارق، حتى يشهد على نفسه مرتين[2] .

وعلى خلاف الأحناف، لم يشترط المالكية والشافعية تكرار المقر لقبول إقراره، وتوقيع الحد عليه[3]، وحجتهم في ذلك قوله ﷺ لأنيس: "واغدُ يا أنيس على امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها، فغدا عليها، فاعترفت، فرجمها"[4]: ووجه الاستدلال: أن رسول ﷺ لم يقل لأنيس " إن اعترفت أربع مرات"[5] ،مما يدل على أن تكرار الإقرار ليس بشرط.

وعللوا لذلك، بأن الإنسان إذا شهد على نفسه بالزنا -مثلاً- فقد صدق عليه وصف الزاني، وثبت عليه الحد حينئذ، وأنه من المستبعد أن يكذب الإنسان على نفسه، ويشهد عليها بالزنا، لا سيما إذا رأى أن الحد سوف يقام عليه[6] .

- رجوع المقر عن إقراره هل تعد شبهة تدرء الحد؟

السؤال الجدير بالطرح هو: هل رجوع المقر عن إقراره بما يوجب الحد، تعد شبهة تسقط الحد أم لا ؟ بمعنى هل المذنب إذا أقر لدى القاضي بما يوجب حداً عليه، ثم رجع عن إقراره، يقبل رجوعه أم لا؟

و الإجابة على ذلك محل خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية على ثلاثة أقوال:

---

(1) نيل الأوطار للشوكاني ، مرجع سابق ، جـ٧ ، ص ٢٠٨.

(2) المرجع السابق ، جـ٧ ، ص ٢٠٨.

(3)المدونة الكبرى ، مرجع سابق، جـ١، جـ٦، ص٢٠٨.

(4) انظر، شرح صحيح مسلم للنووي، مرجع سابق، جـ ١١، ص ٢٧٩. المغني، مرجع سابق، جـ١٢، ص ٣٦٢ . ،

(5) انظر شرح الزرقاني ، مرجع سابق، جـ٤ ،ص ١٣٥.

(6)انظر، المحلى لابن حزم ، مرجع سابق ، جـ١٢ ، ص٥٧ . مجموع فتاوى شيخ الإسلام جمع ابن قاسم، دار عالم الكتب، الرياض، جـ ١٦، ص ٣٢. السيل الجرار للشوكاني،دار الكتب العلمية- بيروت-، جـ ٤، ص ١٧١.

القول الأول: قبول رجوع المقر في الحدود مطلقاً.

وإليه ذهب الحنفية[1] والشافعية[2]، والحنابلة[3]، والرواية المشهورة عند المالكية[4]. وكذلك ذهب إليه بعض ائمة الزيدية[5]. واستدلوا لذلك بما يلي:

الدليل الأول: حديث ابي هريرة -رضي الله عنه- في ذكر قصة ما عز -رضي الله عنه- حين شهد على نفسه بالزنا، وفيه: أن النبي ﷺ اعرض عنه، ورده مراراً [6]، وقال له: "ويحك، إرجع فاستغفر الله، وتب إليه". وفيه ايضاً: أن النبي ﷺ قال له: "لعلك قبلت، أو غمزت، أو نظرت"[7]. وفيه كذلك: أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال للذين رجموه حين هرب لما وجد مس الحجارة: "فهلا تركتموه"[8]، وفي رواية: "هلا تركتموه، لعله أن يتوب فيتوب الله عليه"[9].

ووجه الاستدلال:أن هذا الحديث يدل على قبول رجوعه من وجهين:

الأول: كونه ﷺ اعرض عنه، ورده، وعرض له بالرجوع، وإلا لما كان لذلك فائدة.[10]

الثاني: كونه ﷺ قال لمن رجمه بعد هربه: "هلا تركتموه"؛لأن الهرب دليل

---

(1) انظر: المبسوط، للسرخسي، مرجع سابق ، جـ ٩ ،ص٣٦ . تحفة الفقهاء،لعلاء الدين السمرقندي مرجع سابق ،جـ٣، ص١٤١و١٤٢. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للكاساني، مرجع سابق،جـ٩ ، ص٢٦٥ . فتح القدير، لابن الهمام، وتكملته لشمس الدين أحمد بن قودر،دار الكتب العلمية، بيروت، جـ١١ ص ٢٤٤-٢٤٦ .

(2) انظر:روضة الطالبين وعمدة المفتين، للنووي، مرجع سابق، جـ١٠،ص ٩٥ و٩٦ .مغني المحتاج، للشربيني، المكتبة الفيصلية، مكة المكرمة، جـ١٠ ، ص ١٥٠. المجموع شرح المهذب،مرجع سابق، النووي، جـ ٢٢، ص٢٧.

(3) انظر: المغني، لموفق الدين ابن قدامة، مرجع سابق، جـ ١٢ ، ص ٣٦١و٣٧٩و٤٦٦. الفروع، لابن مفلح، مرجع سابق، جـ١، ص ٥١٩. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي، دار إحياء التراث العربي-بيروت-، جـ ١٠، ص ١٦٣.

(4) انظر: الكافي، لابن عبد البر، جـ٢، ص١٠٧٠. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، جـ٤ ص ٢٨٥. حاشية الدسوقي، مرجع سابق ، جـ ٤ ص٣١٩.

(5) التاج المذهب لأحكام المذهب، أحمد بن يحيى بن المرتضى، دار الكتاب الإسلامي،جـ ٦ ،ص ٢٠٥.

(6) اخرجه البخاري في كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق." جـ١٠ ص ٣٠١. واخرجه مسلم في كتاب الحدود باب من اعترف على نفسه بالزنا ج١١ ص ٢٧٦.

(7) اخرجه مسلم، في كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا،جـ ١١، ص ٢٨٥.

(8) اخرجه البخاري، جـ١٢ ص ١٣٨ . واخرجه مسلم، جـ١١، ص٢٧٩.

(9) اخرجه الإمام أحمد في المسند، جـ١٩ ، ص٤١. والترمذي، جـ ٤، ص٥٧٧. واخرجه النسائي في السنن الكبرى، في كتاب الرجم، جـ٤ ص ٢٩٠.

(10) انظر : المبسوط، للسرخسي، جـ ٩ ،ص٣٦ بدائع الصنائع، للكاساني،جـ٩، ص٢٦٥ . تحفة الفقهاء ، للسمرقندي ، جـ٣، ص ١٣٧.

الرجوع".[1]

الدليل الثاني: عن أبي أمية المخزومي أن النبي ﷺ أتي بلص قد اعترف ، ولم يوجد معه متاع، فقال له الرسول ﷺ: "ما إخالك سرقت" قال: بلى، فأعاد عليه مرتين أو ثلاثاً، فأمر به فقطع.." الحديث[2] . ووجه الاستدلال: أن الرسول ﷺ كان يُعرِّض لهذا الرجل بالرجوع عن إقراره، مما يدل على قبول الرجوع عن الإقرار، بما يوجب حداً، وإلا لما كان لذلك فائدة[3].

الدليل الثالث: الأحاديث التي ذكرناها سابقاً "ادفعوا الحدود، ما وجدتم لها مدفعاً" و "ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم" وغيرها[4] . ووجه الاستدلال فيها: أن الرجوع عن الإقرار بحد يُعد شبهة -لاحتمال كذبه في إقراره- فيدرأ الحد به.

الدليل الرابع: قضاء الخلفاء الراشدين -رضي الله عنهم- فعن ابن جريج قال: سمعت عطاء يقول: كان فيما مضى يؤتى بالسارق فيهم، فيقال له: أسرقت؟ قل: لا، أسرقت؟ قل:لا، و سمى أبا بكر وعمر -رضي الله عنهما[5] .

وعن معمر عن ابن طاووس عن عكرمة بن خالد قال: "أتي عمر بن الخطاب برجل،فسأله أسرقت؟ قل: لا، فقال: لا، فتركه ولم يقطعه".[6] . وعن ابن جريح عن عكرمة بن خالد قال: "أتي عمر بسارق قد اعترف، فقال عمر:إني لأرى يد رجل ما هي بيد سارق، قال الرجل: والله ما أنا بسارق، فأرسله عمر، ولم يقطع"[7]. ووجه الاستدلال فيها جواز التلقين بالإنكار، والتعريض بالرجوع عن الإقرار، مما يدل على قبول الرجوع عن الإقرار، وإلا لما كان لذلك فائدة.

الدليل الخامس: القياس، حيث يقاس الرجوع عن الإقرار بما يوجب حداً، على الرجوع عن الشهادة: فكون الرجوع عن الشهادة مقبولاً، ويرفع أثرها، فكذلك الرجوع

---

(1) بدائع الصنائع، جـ٩ ص ٢٦٥. بداية المجتهد ، لابن رشد الحفيد، جـ ٤، ص ٣٨٥.

(2) أخرجه أبو داود، جـ٤ ، ص ٣٥٣، والنسائي في الصغرى، جـ٨، ص ٤٢٨.وابن ماجة، جـ ٢،ص ٨٦٦.

(3) انظر: المدونة الكبرى جـ٦ ص٢٠٨، مجموع فتاوى شيخ الإسلام بن تيمية، جـ ١٦، ص٣٦ و جـ ٢٨ ، ص ٣٠١. إعلام الموقعين، جـ ٢، ص ٦٩و ٧٠. الدراري المضية، للشوكاني، جـ١، ص٤٣٦.

(4) انظر الأحاديث التي ذكرنها سلفاً .

(5) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، جـ ١٦، ص ٣٦،٣٢.السيل الجرار، للشوكاني جـ ٤، ص١٧٠ و١٧١، والدراري المضية ،جـ١، ص٤٣٦.

(6) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ، جـ ٥ ، ص ٥١٥، وعبد الرزاق في مصنفه، جـ ١٠، ص ٢٢٤، ٢٢٥.

(7) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه،جـ١٠، ص٢٢٤و ٢٢٥، وإسناده ضعيف انظر: الألباني في الإرواء، جـ ٨، ص ٧٩.

عن الإقرار بما يوجب حداً يقبل، ويرفع أثره"[1].

القول الثاني: عدم قبول رجوعه مطلقاً.

وهو قول بعض السلف[2]، وأهل الظاهر[3]، ورواية عن الإمام مالك[4]، وقول للشافعي[5]، ورجحه ابن المنذر[6]، والشوكاني[7]، حيث ذهبوا جميعاً إلى أنه لا يقبل رجوع المقر، ولا يسقط عنه الحد بالرجوع عن الإقرار. واستدلوا لذلك بما يلي:

الدليل الأول: استدل أصحاب هذا القول بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾[8]. ووجه الاستدلال فيها: أن المؤمن مأمور بالشهادة لله بالحق، ولو على نفسه، مما يدل على قبول شهادته على نفسه، وأنه لا يقبل منه الرجوع فيها، وإلا لم يكن لذلك فائدة[9].

الدليل الثاني: حديث أبي هريرة، وزيد بن خالد الجهني -رضي الله عنهما- وفيه أن رسول الله ﷺ قال لأنيس: "واغد يا أنيس على امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها، فغدا عليها، فاعترفت، فرجمها"[10]. ووجه الاستدلال، أن رسول الله ﷺ لم يقل لأنيس "ما لم ترجع عن اعترافها"، مع اقتضاء الحاجة إليه هنا، مما يدل على عدم قبول الرجوع عن الإقرار مطلقاً[11].

القول الثالث: قبول رجوعه، إن كان له شبهة وإلا فلا قبول.

وإليه ذهب الإمام مالك في إحدى الروايتين عنه[12]، وبه أخذ بعض أصحابه، كعبد الملك، وأشهب[13].

---

(1) زاد المعاد، جـ ٥ ، ص٥٥.
(2) انظر: المغني، جـ ١٢، ص ٣٦٢- ٤٦٦.الشرح الكبير، جـ ٢٦، ص ٢٠٩، ٥٦٠.
(3) انظر: المحلى لابن حزم ، جـ٧ ، ص ١٠٢ و١٠٤. المبسوط ،جـ ٩ ، ص ٩٤.فتح القدير،جـ ٥، ص٢٠٨. بداية المجتهد، جـ ٤، ص ٢٨٥. نيل الأوطار ، جـ ٧ ، ص ١٢٢.
(4) المحلى لابن حزم، جـ ٧ ، ص١٠٢.
(5) الكافي لابن عبد البر، جـ ٢، ص ١٠٧٠. بداية المجتهد، جـ ٤، ص ٢٨٥.حاشية الدسوقي، جـ٤، ص٣١٩.
(6) انظر: روضة الطالبين ، جـ ١٠، ص ٩٦ و١٤٢. مغني المحتاج، جـ ٤، ص ١٥٠.
(7) انظر: الإقناع لابن المنذر ، جـ ٢، ص ٣٢٩.
(8) النساء الآية : ١٣٥.
(9) المحلى لابن حزم، جـ ٧ ، ص ١٠٥. السيل الجرار، للشوكاني جـ ٤ ، ص ٣١٧.
(10) سبق تخريج الحديث .
(11) انظر: المحلى،لابن حزم، جـ ١٢، ص ٥٧. مجموع فتاوى شيخ الإسلام بن تيمية، جـ ١٦، ص ٣٢.السيل الجرار ، جـ٤ ، ص ٣١٧ .
(12) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام بن تيمية ،جـ ١٦، ص ٣٢.السيل الجرار، جـ٤ ، ص ١٧٠ ١٧١ ، ٣١٧.
(13) انظر : الكافي لابن عبد البر، جـ٢ ، ص ١٠٧٠. بداية المجتهد جـ٤ ص ٢٨٥ و ٤١٤.

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: حديث ماعز - سبق الإشارة- وفيه ان الرسول ﷺ قال: "فهلا تركتموه، وجئتموني به" قال جابر -رضي الله عنه-: "ليستثبت رسول الله ﷺ منه، وليس لترك الحد"[1] ووجه الاستدلال:ان الرسول ﷺ إنما قال: "فهلا تركتموه وجئتموني به" لينظر في امره، ويستثبت: فقد يأتي بشبهة تدرا عنه الحد، مما يدل على قبول رجوعه عن إقراره إن كان له شبهة [2].

الدليل الثاني: قوله ﷺ لماعز حين اقر: "لعلك قبلت، او غمزت، او نظرت". ووجه الاستدلال: ان الرسول ﷺ عرّض له بذلك، عله يرجع عن إقراره، ويذكر لرجوعه شبهة تدرا عنه الحد، مما يدل على قبول رجوعه إن كان له شبهة، وإلا فلا رجوع عن إقراره إذا انعدمت الشبهة[3].

الدليل الثالث: حديث علي ﷺ في درء الحدود بالشبهات. فهذا الحديث يدل على ان الحدود تدرا بالشبهات، وعليه فإذا رجع عن إقراره، وذكر شبهة قبل رجوعه، وإلا فلا قبول لرجوعه.

والرأي الذي نرجحه، هو قبول الرجوع عن الإقرار بما يوجب حداً، إذا كان حكم الإدانة قد بني عليه[4]، او كان الرجوع من تائب قد جاء معترفاً بذنبه يريد التطهير[5]. او عدم وجود ادلة و قرائن قوية تكذبه، كمن اقر بالسرقة ذاكراً الصفة، والكيفية ووجد المتاع المسروق عنده، ثم رجع بعد ذلك عن إقراره، او كان ثمة شبهة محتملة اثارها، كادعاء الإكراه عليه ونحوه.وتقدير توافر شبهة لقبول رجوعه متروك للقاضي الجنائي وفقاً لاقتناعه.

وبعد ان انتهينا من دراسة مبدا درء الحدود بالشبهات، وانواع الشبهات الدارئة

---

(1) نظر: حاشية الدسوقي، جـ٤ ، ص ٣١٩.
(2) انظر: السيل الجرار، جـ ٤ ، ص ٣١٦.
(3) المرجع السابق، جـ٤ ، ص ٣١٦.
(4) وقد نص المقنن اليمني في المادة ٢٦٦ من قانون الجرائم العقوبات بأن حد الزنا يسقط في حالة: "٩- رجوع المحكوم عليه عن الإقرار إذا كان حكم الإدانة قد بني عليه". كما نصت المادة ٢٨٤ من قانون الجرائم والعقوبات بان من مسقطات حد شرب الخمر: "٤- إذا رجع الشارب عن إقراره.
(5) وفي هذا الصدد قال شيخ الإسلام ابن تيمية:إن "إسقاط العقوبة بالتوبة -كما دلت عليه النصوص- أولى من إسقاطها بالرجوع عن الإقرار، والإقرار شهادة منه على نفسه، ولو قبل الرجوع لما قام حد بإقرار، فإذا لم تقبل التوبة بعد الإقرار -مع انه قد يكون صادقاً- فالرجوع الذي هو فيه كاذب أولى" انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية جـ١٦ ، ص٣٢.

للحد، فإن التساؤل القائم هو عن الأثر المترتب على تطبيق هذه المبدأ.

والإجابة على ذلك، هو موضوع المطلب التالي:

المطلب الثالث

الآثار المترتبة على درء الحدود بالشبهات

استناداً إلى أن استصحاب أصل البراءة في المتهم، فإنه إذا توافرت الشبهة في إثبات حد من الحدود على النحو السابق بيانه، تترتب على قيام الشبهة درء العقوبة المقدرة على المتهم، لأن تطبيق العقوبة الحدية، لا بد أن يستند إلى دليل إثبات يقطع باقتراف الفعل المعاقب عليه بعقوبة حدية. أما إذا كان دليل الإثبات لا يفيد القطع على نحو لا يتطرق إليه أدنى شك فإن العقوبة الحدية لا تطبق[1]، ومن ثم فإن الأمر بعد ذلك لا يخلوا من إحدى حالتين[2]:

الحالة الأولى: أن يترتب على قيام الشبهة درء العقوبة المقدرة وتبرئة المتهم مما اسند إليه، وهنا لا تستبدل عقوبة أخرى بالعقوبة أو العقوبات التي درئت بالشبهة.

والحالة الثانية: أن يؤدى ذلك إلى تطبيق عقوبة أخرى غير العقوبة المقدرة[3] فإذا لم تتوفر الأدلة اللازمة لإثبات الجريمة وإقامة الحد على المتهم، أو وجدت ولكنها لم تستجمع الشرائط الواجب توافرها لتكون منتجة في إثبات الجرائم ذات العقوبات المقدرة، ووجد القاضي مع ذلك في القضية المعروضة عليه من الأدلة ما يقتنع به ويكون عقيدته بالإدانة، فإنه يحكم بناء على هذه الأدلة التي اقتنع بها بالعقوبة التعزيرية المناسبة. فالأمر خاضع لتقرير القاضي في هذا المجال[4].

وما يقتضي التنبيه إليه في هذا المجال، أن المطلوب ليس تعطيل الحدود بل درءها عند وجود الشبهة، ففي الحديث: " إقامة حد في الأرض خير لأهلها من أن يمطروا اربعين ليلة"[5].

---

(1) الدكتور سامح السيد أحمد جاد: " حدود سلطة القاضي الجنائي في تفسير دليل الإدانة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي المصري والإماراتي "، مرجع سابق، ص ٣٦٢.

(2) الدكتور عبد العزيز عامر : " التعزير في الشريعة الإسلامية" ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م ، ص ٣٢ و٣٣.

(3) عبد القادر عودة : " التشريع الجنائي الإسلامي" الجزء الأول، مرجع سابق، ص٢١٤.

(4) الدكتور عبد العزيز عامر : " التعزير في الشريعة الإسلامية" المرجع السابق ، ص ٣٤.

(5) رواه النسائي وصححه الألباني. وما جاء عن عمر -رضي الله عنه- في عام الرمادة ليس من باب تعطيل حد السرقة، بل هو من باب درء الحدود بالشبهات

ومن الحالات التي يسقط فيها الحد، ولكن لا تؤدي فيها الشبهة إلى البراءة، ما جاء في المادة ٢٦٧ من قانون الجرائم والعقوبات اليمني، والتي نصت على أن: " يعزر الزاني و الزانية بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات، إذا لم تتوافر الشروط اللازمة لتطبيق عقوبة الحد، أو لم يقم الدليل الشرعي الموجب لتطبيق العقوبة المنصوص عليها (حد الزنا) متى اقتنعت المحكمة من القرائن القائمة بثبوت الزنا ".

كما نصت المادة ٣٠٠ من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على انه :" إذا ارتكب الفاعل جريمة سرقة ولا تتوافر في فعله شروط الحد او سقط الحد لأي سبب من اسباب السقوط، إذا لم يصاحب الجريمة إكراه، أو تهديد، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات ".

ومن الحالات التي يسقط فيها الحد ايضاً، وتؤدي فيها الشبهة في الإثبات إلى البراءة، ما نص عليه المقنن اليمني في المادة ٢٨٤ من قانون الجرائم والعقوبات، من انه " يسقط حد شرب الخمر، إذا ثبت أمام المحكمة توفر حالة من الحالات الآتية:

١- عدم معرفة الشارب بأن ما شربه خمراً.

٢- دعوى الإكراه، أو الضرورة المحتملة.

٣- إذا فقد أحد الشهود اهليته. ٤- إذا رجع الشارب عن إقراره ".

وكذلك من الحالات المسقطة للحد، والتي تؤدي إلى تبرئة المتهم ما تضمنت المادة ٢٩٩ من ذات القانون بشأن إسقاط حد السرقة، حيث نصت على أن " يسقط حد السرقة إذا ثبت أمام المحكمة توفر حالة من الحالات الآتية : " ١- تملك الشيء المسروق بعد السرقة وقبل المرافعة أمام المحكمة. ٢- دعوى الملك المحتملة. ٣- نقص قيمة المال المسروق عن النصاب قبل تنفيذ الحد. ٤- عفو أصحاب المال المسروق قبل المرافعة أمام المحكمة.."

ونخلص مما سبق إلى ان مبدا درء الحدود بالشبهات يؤدي في بعض الأحيان إلى تبرئة المتهم من الجريمة المنسوبة إليه، استصحاباً لأصل البراءة، وفي بعض الأحيان يؤدي تطبيق القاعدة إلى درء عقوبة الحد، وإحلال عقوبة تعزيرية محلها.

المطلب الرابع

موقف الفقه من قاعدة درء الحدود بالشبهات

إذا كان مبدأ درء الحدود بالشبهات من المبادئ المتفق عليها في النظام الجنائي الإسلامي، ويكاد يجمع فقهاء المذاهب على الأخذ به، وكذلك الفقهاء المحدثين، غير ان استعماله هو موضوع الاختلاف بين الفقهاء، حيث تختلف الأنظار فيما هو شبهة وما ليس بشبهة. فقد يتفقون على اعتبار الشبهة في بعض المواضع، وليس بشبهة في مواضع اخرى. فالمسألة إذن تختلف ضيقاً واتساعاً بين أهل العلم. كما انها من المسائل النسبية لدى القضاء، فمثلاً قد يرى قاضٍ أن في الأمر شبهة تدرء الحد، ولا يراه كذلك قاضٍ آخر. وهذا أمر تفصيلي لا يتسع المقام للخوض فيه.

ولكن هناك من خرج عن إجماع الفقهاء وأنكر هذا المبدأ من فقهاء الشريعة وهم اهل الظاهر.

وسوف نبين موقف من انكر هذا المبدأ، وحججهم التي استندوا إليها. و الرد عليهم وذلك على النحو التالي:

أولاً: إنكار مبدأ درء الحدود بالشبهات لدى الظاهرية:

انكر فقهاء المذهب الظاهري مبدأ درء الحدود بالشبهات، حيث يشكك هؤلاء بالأحاديث التي ذكرت بشأن درء الحدود بالشبهات، وأنها لم ترد عن النبي -ﷺ بحجة أنها غير ثابتة من جهة السند.

وفي هذا الصدد قال ابن حزم:"وذهب أصحابنا إلى ان الحدود لا يحل أن تدرأ بالشبهات، ولا ان تقام بالشبهات، وإنما هو حق لله تعالى ولا مزيد، فإن لم يثبت الحد لم يحل أن يقام بشبهة لقول رسول الله ﷺ:" إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام"[1]، وإذا ثبت الحد لم يحل أن يدرأ بشبهة، لأنه فرض من فرائض الله تعالى، لقول الله تعالى: ﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا ﴾[2].

وقال ابن حزم في معرض رده على القائلين بدرء الحدود بالشبهات استناداً إلى

([1]) صحيح البخاري، ج١، ص١٨.

([2]) سورة البقرة: الآية: ٢٢٩.

الحديث المروي: إنه حديث ضعيف، حيث جاء مسنداً[1] لا مرسلاً[2]، وإنما هو قول روي عن ابن مسعود وعمر فقط"[3]. وقال:"جاء من طرق ليس فيها عن النبي ﷺ نص، ولا كلمة، وإنما هي عن بعض أصحابه من طرق كلها لا خير فيها"[4].

وذهب إلى دعم موقفه بقوله : إن درء الحدود لفظ، لا سبيل لأحد إلى استعماله وإلا ادى إلى إبطال الحدود جملة،لأنه ليس فيه بيان ما هي تلك الشبهات. وليس لأحد أن يقول في شيء يريد أن يسقط به حداً هذا شبهة، إلا كان لغيره أن يقول ليس شبهة. ولا كان لأحد ان يقول في شيء لا يريد أن يسقط به حدا ليس هذا شبهة إلا كان لغيره أن يقول بل هو شبهة. ومثل هذا لم يأت به قرآن ولا سنة صحيحة ولا سليمة ولا قول صاحب ولا قياس ولا معقول[5].

ثانياً: الرد على من أنكر هذا المبدأ :

ما ذهب إليه ابن حزم الظاهري من إنكار لمبدأ درء الحدود بالشبهات محل اعتراض، ويمكن تفنيد حججه على النحو التالي:

أولاً: أن " درء الحدود بالشبهات" أصل متفق عليه بين فقهاء الشريعة جميعاً، وعليه جرى العمل، لدى كبار الصحابة، وقد ذهب بعض رجال الحديث وشروحه إلى أن حديث : " ادْرَءُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ"، "و ادْفَعُوا الْقَتْلَ عَنْ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ " حسن الإسناد[6]، كما أن ما ورد عن عمر بن الخطاب في قوله : " لأنْ أُخطِئَ فِي الْحُدُودِ بِالشُّبُهَاتِ، أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ أُقِيمَهَا بِالشُّبُهَاتِ إسناده صحيح[7].

وهذه الأحاديث صالحة للاستدلال بها، ولها حجيتها، ويعزز من ذلك أن النصوص تدل على حرمة دم المسلم وعرضه، ومنع الإضرار به، والحط من سمعته

---

(1) المسند هو: ما اتصل سنده مرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم.انظر المختصر في أصول الحديث، الشريف الجرجاني،جا ،ص٢.

(2) المرسل هو قول التابعي: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا، أو فعل كذا، أو قرر كذا، وهو المعروف في الفقه وأصوله. المرجع السابق نفسه.

(3) انظر: المحلي لابن حزم ، جـ ١١ ، ص ١٥٣. كشف الخفاء، إسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي المتوفى سنة ١١٦٢ هـ دار الكتب العلمية بيروت - لبنان جـ ١ ، ص ٧١، ٧٢.

(4) المحلي لابن حزم ، جـ ١١ ، ص ١٥٣.

(5) ذات المرجع السابق.

(6) التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أحمد بن على بن حجر العسقلاني ، جـ ٥ ، ص ١٣٧.

(7) التلخيص الحبير ،جـ٥، ص١٣٧.

وقدره، إلا بدليل واضح يعتمد عليه،ومن المقرر ان الأصل في الإنسان براءته من الحدود والقصاص والتعازير، ولا ينفك عنه هذا الأصل إلا بدليل يقيني قاطع لا لبس فيه ولا شك.

ثانياً: اما قول ابن حزم بأن هذا المبدا من شأنه، ان يعطل الحدود، كون الشبهات غير محددة، مما يؤدي إلى خلل في تطبيقه، فإن هذا القول وإن كان له ما يبرره كون الأحاديث لم تحدد ما هو شبهة، و ما هو غير شبهة، وان الفقهاء قد اختلفوا فيما بينهم في تحديد الشبهات الدارئة للحد، إلا ان ذلك لا يعني مطلقاً ترك العمل بهذا المبدأ، ولذلك فقد بذل فقهاء الشريعة جهداً في تأصيل الشبهات التي تؤدي إلى درء الحدود، وبيان نوعها. وتركوا للقاضي تقدير الشبهات الدارئة للحد ،وفقاً لاقتناعه.

وفي هذا الخصوص ذكر المباركفوري في شرح الترمذي[1] ، ان الحديث الذي جاء عن النبي ﷺ بدرء الحدود ...، يصلح للاحتجاج به علي مشروعية درء الحدود بالشبهات المحتملة، لا مطلق الشبهات. وأما معني كونه يدرأ بالشبهة، فالمراد أن القاضي إذا وجد شبهة محتملة تفيد عدم ثبوت الحد، أو تؤثر في حال من ثبت عليه الذنب. فانه يعمل بها ولا يحد المتهم".

وتكمن أهمية هذا المبدأ في أن الحدود إن وقع فيها غلط، فلا يمكن تداركه ولهذا كان مبدأ تفضيل الخطأ في العفو خير من الخطأ في العقوبة، وهو المبدأ الثاني الذي جاء في الحديث الشريف "... إن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة ".و قد قال عمر - رضي الله عنه-: " إذا حضرتمونا فاسألوني العفو العفو جهدكم، فإنني لأن أخطئ في العفو أحب إلي من أن أخطئ في العقوبة "[2].

ولهذا ننتهي إلى القول، بأن مبدأ درء الحدود بالشبهات هو اصل متجذر في النظام الجنائي الإسلامي، اكده علماء المذاهب المختلفة، فقد استعمله أبو حنيفة وأصحابه وتوسعوا في الشبهات الدارئة للحد، ثم أستعمله المالكيون، ثم الشافعيون، واستعمله العلماء المحدثون. وهو من قبل ومن بعد يتفق مع استصحاب البراءة الأصلية.

---

(1)تحفة الأحوذي، شرح جامع الترمذي، محمد عبد الرحمن المُبَارَكَفُورِي، دار الكتب العلمية،جـ٤ ص٥٧٣.

(2) سنن البيهقي الكبرى، للإمام أحمد بن الحسن بن على البيهقي، ٣٨٤ - ٤٥٨ هـ، مكتبة دار الباز - مكة المكرمة- ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤م، جـ٨ ص٢٣٨.

وأما ما يتعلق بحصر الشبهات، فإنه لا يمكن حصر جزئياتها، لان أساسها في الغالب الوقائع والأحداث وهي لا تحصى، وبالتالي يترك للقاضي تقدير الشبهات الدارئة للحد وفقاً لاقتناعه.

المطلب الخامس

تطبيق قاعدة "درء الحدود بالشبهات" في الجرائم التعزيرية

إذا كانت القاعدة العامة في التشريع الجنائي الإسلامي تقضي بأن الحدود تدرأ بالشبهات، وأن الحدود- كما سبق القول- هي العقوبات المقدرة، فإنه يندرج تحت الحدود العقوبات المقدرة لجرائم الحدود، والعقوبات المقررة لجرائم القصاص. فإن **التساؤل المهم هو: هل يمكن تطبيق قاعدة "درء الحدود بالشبهات" في المسائل التعزيرية ، وبالتالي نستطيع أن نطلق عليها عبارة درء العقوبات بالشبهات ؟**

وللإجابة عن ذلك، يمكن القول: إنَّ مبدأ درء الحدود بالشبهات من حيث الأساس، لفظ مقصور على الحدود ، غير أن الأحكام الشرعية تدور مع العلة وجوداً وعدما، ولما كان مبدأ درء الحدود بالشبهات إنما وضع في الأصل لتحقيق العدالة ولضمان صالح المتهمين، وكل متهم في حاجة إلى توفير هذين الاعتبارين سواء كان متهم في جريمة من جرائم الحدود والقصاص، أو جرائم التعازير[1]، فإن ذلك لا يمنع من تطبيق المبدأ في جرائم التعازير، بحيث يمكن في حالة الشك أن يعفى الشخص من العقوبة كلية، أو تخفف عنه العقوبة، فالعبرة في التشريع الإسلامي بالمقاصد والمعاني، وليست بالألفاظ والمباني.

وفي هذا الصدد ذهب بعض فقهاء الشريعة المحدثين[2] إلى القول بأن "هذا المبدأ (درء الحدود بالشبهات) بلا مواربة عظيم المنفعة، وهو ينطبق على كافة أنواع الجرائم، فهو ينطبق على جرائم الحدود، وجرائم القصاص والدية، وجرائم التعازير".

---

(1) انظر في ذلك: الدكتور عبد المجيد محمود مطلوب: " الأصل براءة المتهم"، بحث مقدم إلى الندوة العلمية للمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض سابقاً " اكاديمية نائف للعلوم الأمنية والتدريب حالياً " ١٤٠٦هـ ، ص ٢٢٢.

(2) الدكتور عبد المجيد محمود مطلوب: " الأصل براءة المتهم"، مرجع سابق، ص٢٢٦. وانظر: أستاذنا الدكتور محمد أبو العلا عقيدة :" أصول علم العقاب -دراسة تحليلية وتأصيلية للنظام العقابي المعاصر مقارناً بالنظام العقابي الإسلامي- "دار النهضة العربية،١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م، ص ٧٤.

كما ذهب آخر[1] إلى أن هذا المبدأ لا يقتصر على جرائم الحدود والقصاص وحدها، وإنما يمتد ليشمل جرائم التعازير، واستدل على صحة مسلكه بحديث رسول الله ﷺ في خطبة الوداع عندما قال ﷺ : « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا..»[2]، ووجه الاستدلال، أن هذا الحديث ألقى واجباً معيناً، ولا يجوز إسقاط هذا الواجب، إلا بعد الثبوت بما يفيد القطع.

ومجمل القول: إن مبدأ درء الحدود بالشبهات، يتجاوز اللفظ، لينصرف إلى درء العقوبة عن المتهم، متى قامت الشبهات الموجبة لإسقاط العقوبة، إذ لا يصح الحكم بالعقوبة، إلا بعد التثبت من أن المتهم قد ارتكب الجريمة على وجه اليقين. وأن النص المجرم منطبق على الجريمة، فإذا كان هناك شك في أن المتهم قد ارتكب الجريمة أو في انطباق النص المجرم على الفعل المنسوب للجاني، فإن الشك يجب أن يفسر لمصلحة المتهم، وبالتالي ينبغي العفو عنه، والحكم ببراءته،لأن براءة المجرم في حال الشك، خير للجماعة وأدعى إلى تحقيق العدالة من عقاب البريء مع الشك.

ونستنتج مما سبق، أن التشريع الجنائي الإسلامي، قد وضع قاعدة درء الحدود بالشبهات وهي تتفق مع ذات القاعدة التي أخذت بها التشريعات الجنائية المعاصرة التي تقضي بأن " الشك يفسر لمصلحة المتهم". وهي قاعدة تتوافق تحديداً مع الشق الثاني من الحديث وهو:"... إن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة "

---

(1) الدكتور هلالي عبد اللاه أحمد : " النظرية العامة للإثبات الجنائي.." ، مرجع سابق، ص ٤٦٦.

(2) انظر هذا الحديث في صحيح مسلم ، باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال برقم ١٦٧٩ حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة ويحيى بن وتقاربا في اللفظ قالا حدثنا عبد الوهاب الثقفي عن أيوب عن بن سيرين عن بن أبي بكرة عن أبي بكرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ثم إن الزمان قد استدار كهيئته يوم خلق الله السماوات والأرض السنة اثنا عشر شهرا منها أربعة حرم ثلاثة متواليات ذو القعدة وذو الحجة والمحرم ورجب شهر مضر الذي بين جمادى وشعبان ثم قال أي شهر هذا قلنا الله ورسوله أعلم قال فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه قال أليس ذا الحجة قلنا بلى قال فأي بلد هذا قلنا الله ورسوله أعلم قال فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه قال أليس البلدة قلنا بلى قال فأي يوم هذا قلنا الله ورسوله أعلم قال فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه قال أليس يوم النحر قلنا بلى يا رسول الله قال فإن دماءكم وأموالكم قال محمد وأحسبه قال وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا وستلقون ربكم فيسالكم عن أعمالكم فلا ترجعن بعدي كفارا أو ضلالا يضرب بعضكم رقاب بعض ألا ليبلغ الشاهد الغائب فلعل بعض من يبلغه يكون أوعى له من بعض من سمعه ثم قال ألا هل بلغت .

وإجماع فقهاء الشريعة الإسلامية ، وقضاتها على العمل بها. ثم إنها نتيجة مترتبة عن استصحاب البراءة الأصلية، التي تقتضي أن تكون الأحكام الصادرة بالإدانة مبنية على الجزم واليقين، وبالتالي فإن الشك يجب أن يفسر لمصلحة المتهم.

❁❁❁❁❁❁



الخاتمة

الخـاتمة

بحمد لله وتوفيقه انتهيت من دراسة الحماية الجنائية لحق المتهم في أصل البراءة، باعتبار هذا الأصل ركيزة الشرعية الإجرائية التي كفلتها الدساتير المتحضرة، وهو احد دعائم حقوق الإنسان التي نادى به دعاة حقوق الإنسان، فقد احتوته المواثيق الدولية والقارية، ويعد ضمانة من الضمانات الأساسية لحماية الحرية الشخصية وصون حقوق الشخص المشتبه فيه، أو الملاحق بدعوى جنائية او بدعوى ذات طابع إداري أو تأديبي.

وحسبي اني قد بذلت الجهد ولم ابخل بالوقت حتى اعطي الموضوع حقه من خلال منهج تحليلي تأصيلي مقارن، شمل ما جاء في الفقه والتشريع والقضاء في كل من فرنسا ومصر واليمن، بالإضافة إلى ما جاء في المواثيق الدولية التي تتمتع بقوة قانونية ملزمة للنظم القانونية المقارنة. ولم تغفل الرسالة الدور الأساسي للنظام الإسلامي كمصدر هام للحماية الجنائية لأصل البراءة.

وفيما يلي نعرض لأهم النتائج التي توصلنا إليها، والتوصيات التي خرجنا بها وذلك على النحو التالي:

أولا : أهم النتائج:

❖ توصلت هذه الرسالة -من الناحية النظرية- إلى أن مبدا البراءة هو أصل وليس قرينة، وهذا المسلك هو عين ما عبر عنه الفقه والتشريع الإسلامي، حيث يتم التعبير عنه بالأصل في إطار قاعدة الاستصحاب، و كذلك في قاعدة " براءة الذمة"، حيث الفقهاء يطلقون عليها استصحاب اصل البراءة، او"الأصل براءة الذمة". وهو عين ما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا في مصر.

❖ توصلت هذه الرسالة إلى أن أصل البراءة هو حق من حقوق الإنسان بالنسبة للشخص الطبيعي، وهو حق اساسي من حقوق الشخصية بالنسبة للشخص المعنوي، ولذلك لا يقتصر مجال إعماله على المجال الجنائي فحسب، وإنما يمتد ليشمل فروع القانون الأخرى كالقانون الإداري والقانون المدني.

❖ توصلت الرسالة إلى أن منهج الحماية الجنائية لحق المتهم في أصل البراءة ليس كمنهج الحماية الجنائية للأشياء والأموال، فإذا كانت الحماية في كليهما تتم

من خلال ضابط الشرعية الجنائية المتمثل في التجريم والعقاب، وضابط الشرعية الإجرائية المتمثل في عدم تطبيق العقوبة بدون حكم قضائي عادل ومنصف، إلا أن الحماية الجنائية للحق في أصل البراءة -كونه من حقوق الإنسان-، تتم من خلال الضمانات التي نص عليها المشرع الدستوري لحماية هذا المبدأ ونتائجه، أو ما كفلته المواثيق الدولية الملزمة التي لا يمكن التحلل منها، باعتبارها الحد الأدنى والقاسم المشترك التي تحكم مجال الدعوى الجنائية بمختلف مراحلها، بما في ذلك مرحلة جمع الاستدلالات، بما يشكل المساس بأحكامها إهداراً للشرعة الدولية والدستورية في آن واحد.

❖ توصلت الرسالة إلى أن تحقيق حماية جنائية فعالة لأصل البراءة، لا يكون إلا من خلال سياسة جنائية ترسم تحقيق التوازن بين اعتبارين جديرين بالحماية، هما حماية حقوق وحريات الأفراد انطلاقاً من أن الأصل في الإنسان البراءة، وحماية المصالح والقيم الاجتماعية من خلال التجريم والعقاب، واتخاذ الإجراءات الجنائية اللازمة لكشف الجريمة ومعاقبة مرتكبها. وبدون سياسة جنائية رشيدة تبتغي جلب المصالح للناس ودفع المفاسد عنهم، سيظل هناك صراع دائم بينهما ما دامت القوانين الوضعية هي التي تتحكم وتسود.

❖ توصلت الرسالة إلى أن التشريع الجنائي الإسلامي هو أنقى المنابع، وأصفى المصادر، وأعلاها في حماية أصل البراءة، فقاعدة استصحاب أصل البراءة أصل من أصول التشريع الإسلامي. وهو خير من وازن بين المصالح المتعارضة فكفل حماية الحقوق والحريات للأفراد ، وحمى حقوق ومصالح الجماعة من خلال كشف الجريمة ومعاقبة مرتكبها، فلم يجز تقييد حريات الأفراد إلا لضرورة تقتضيها مصلحة المجتمع. ولعل ما يؤكد أن التشريع الإسلامي خير من وازن بين المصالح المتعارضة، أن فقه الموازنات بين المصالح والمفاسد من مرتكزات السياسة الشرعية في فقه الشريعة الإسلامية. ومن خلال هذه القاعدة الكلية، يمكن لولي الأمر أن يقيم التوازن بين المصالح دون ضرر أو إضرار، فتحترم الحقوق والحريات، ويعامل المتهم على أساس البراءة الأصلية، وفي ذات الوقت يحفظ للعباد مصالحهم.

❖ أبرزت الرسالة أن النظام الجنائي الفرنسي حقق تقدماً واضحاً في مجال حماية أصل البراءة، سواء بالنص عليه، وعلى معاقبة كل ما من شأنه المساس بهذا المبدأ في صلب قانون الإجراءات الجنائية، أو من خلال وضع الضمانات التي تدعم حماية

أصل البراءة في كافة مراحل الإجراءات الجنائية.

❖ يظل المشرع الفرنسي قاصراً في تحقيق التوازن الدقيق بين مصلحة المتهم و المصلحة العامة، بسبب تفريقه في وضع ضوابط المعاملة بين المتهمين على أساس جسامة الجريمة،ويظهر ذلك جليا في بعض الجرائم التي يرى أنها تشكل تهديداً اجتماعياً وأمنياً خطيراً، كقضايا الإرهاب والمخدرات وتكوين عصابات إجرامية. حيث قلص المشرع الفرنسي من الضمانات الممنوحة للمتهمين الآخرين في الجرائم الأخرى، وهو ما يتعارض مع أصل البراءة الذي يقتضي ان ينظر للشخص على انه بريء، مهما كانت جسامة الجريمة المرتكبة.

❖ تعكس التعديلات المتلاحقة التي قام بها المشرع الفرنسي في سبيل تدعيم حماية أصل البراءة الفلسفة الجديدة التي تبناها، خصوصاً بعد إدانته من قبل المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، بسبب انتهاكه لأصل البراءة، حيث عمد إلى التخفيف من غلواء النظام القانوني اللاتيني القائم على أساس من فكر التحري والتنقيب الذي يجعل من سلطة الادعاء خصماً قوياً في مواجهة سائر الخصوم في الدعوى الجنائية.

❖ توصلت الرسالة إلى أنه لا يوجد نص واضح ومباشر في كل من القانونين الجنائي والمدني المصري واليمني- على غرار النهج التشريعي الفرنسي- ينص على معاقبة الاعتداء على أصل البراءة، سواء وقع هذا الاعتداء من قبل رجال السلطة العامة، عندما تخل بالضمانات أثناء اتخاذها الإجراءات الجنائية، أو عندما تقوم هذه الجهات بالإدلاء بأية تصريحات عن إدانة، أو براءة المتهم قبل صدور الحكم عليه،أو عندما تقوم أجهزة الإعلام بتقدم الشخص قبل ان يصدر حكم بإدانته على أنه مذنب.

❖ توصلت الرسالة أن التشريع الفرنسي عدل وأضاف الكثير من النصوص بما يتفق مع حماية وتدعيم أصل البراءة. فمن ناحية أولى فرض المزيد من التدخل القضائي لضمان عدم الإساءة في استخدام السلطة أثناء التحفظ على الأشخاص. ومن ناحية أخرى وضع ضمانات تحمي أصل البراءة أثناء الحبس الاحتياطي حيث جعل من الحبس استثناء والأصل الإفراج بكفالة أو الوضع تحت المراقبة القضائية. كما أوكل بمهمة الحبس الاحتياطي لقاض مستقل سماه قاضي الحريات والحبس، ووضع حداً أقصى للحبس الاحتياطي، وفي حالة صدور أمر بأن

لا وجه لإقامة الدعوى أو حكم بالبراءة أقر المشرع الفرنسي حق المتهم في التعويض عما لحقه من أضرار جراء حبسه احتياطياً.

وفي المقابل يفتقر التشريع المصري وكذا اليمني لمثل هذه الضمانات التي تحمي أصل البراءة أثناء التحفظ على الأشخاص، وكذلك عند الحبس الاحتياطي.

❖ توصلت الرسالة إلى أن الحق في محاكمة عادلة ومنصفة تقتضي إنهاء إجراءات التحقيق الجنائي و المحاكمة خلال مدة معقولة بحيث لا يجوز تجاوزها وهو ما سعى إليه التشريع الفرنسي، بينما يفتقر كلٌ من التشريعين المصري واليمني لنص يضع إطاراً زمنياً دقيقاً لإنهاء التحقيق والمحاكمة.

❖ توصلت الرسالة إلى أن حماية أصل البراءة في مجال الإثبات الجنائي تفرض على سلطة الادعاء تحمل عبء إثبات الإدانة، وفي تقدير المحكمة لعناصر الإثبات يفرض على المحكمة أن تبنى قضاءها على الجزم واليقين وأن أي شك يتولد لديها يجب تفسيره لمصلحة المتهم. وأنه لا مجال لافتراض المسئولية الجنائية للمتهم بوضع قرائن قانونية أو قضائية لتعارضها مع أصل البراءة.

❖ توصلت الرسالة إلى أن اليقين المطلوب لهدم أصل البراءة ليس هو اليقين الشخصي للقاضي الجنائي، وإنما اليقين القضائي الذي يصل إليه القاضي كما يصل إليه الكافة.

❖ توصلت الرسالة إلى أن مبدأ درء الحدود بالشبهات في التشريع الجنائي الإسلامي يتجاوز اللفظ، لينصرف إلى درء العقوبة عن المتهم، متى قامت الشبهات الموجبة لإسقاط العقوبة أو تخفيفها.

ثانياً: أهم التوصيات:

❖ دعوة كل من المشرعين المصري واليمني إلى إدخال نص صريح ومباشر في قانونيهما الإجرائي، يمنع الاعتداء على أصل البراءة، سواء وقع هذا الاعتداء من قبل رجال السلطة، أو من قبل رجال الصحافة. وإجراء إصلاح تشريعي يدعم حماية أصل البراءة خلال مراحل الإجراءات الجنائية المختلفة، و إلغاء النصوص التي تتعارض مع هذا المبدأ من ناحية، ومن ناحية أخرى وضع ضمانات واضحة - كما فعل المشرع الفرنسي- تحقق من خلاله التوازن بين الحقوق والحريات

الفردية وحق المجتمع في كشف الجريمة، وهي ضمانات تتفق مع روح وعدالة التشريع الإسلامي، فالحكمة ضالة المؤمن فأنا وجدها فهو احق بها.

❖ المطالبة بسرعة إجراء إصلاح تشريعي في مصر و اليمن يكفل حماية أصل البراءة اثناء التحفظ والقبض وكفالة حق الاستعانة بمدافع في مرحلتي الاستدلال والتحقيق بشكل أكثر فاعلية، وأن توضع القواعد الكفيلة بحماية هذا الحق. وأن تضمن التعديلات الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق لضمان تدعيم أصل البراءة.

❖ دعوة كل من التشريعين المصري و اليمني إلى إجراء إصلاح تشريعي للحبس الاحتياطي بحيث يتولى مهمته قاضٍ مستقل، ووضع حدود قصوى لوضع الشخص رهن الحبس الاحتياطي، وأن تخضع الضرورات الداعية لاستمرار حبسه لمراجعة منتظمة من قبل الهيئة القضائية المختصة بالإشراف والتفتيش القضائي.كما ندعوهما إلى تعويض الشخص عما لحقه من ضرر جراء حبسه احتياطياً عندما يصدر امر بأن لا وجه لإقامة الدعوى، او عند صدور حكم بالبراءة. وذلك على غرار ما فعله المشرع.

❖ دعوة المشرع اليمني- في سبيل تحقيق الحماية الجنائية لأصل البراءة- إلى أن يتدخل بتعديل نص المادة ٢/٣٦٩ من قانون الإجراءات الجزائية، و التي تشترط الأغلبية في إصدار الأحكام الجنائية، ليصبح شرط الإجماع في الأحكام الصادرة بالإدانة هو القاعدة. ويستوي شرط الإجماع على الأحكام الصادرة بالإدانة من محكمة اول درجة " المحكمة الابتدائية " أو احكام الاستئناف الصادرة بإلغاء حكم البراءة الصادر من محكمة أول درجة.

تلك هي اهم النتائج والتوصيات التي ارتأيتها. وختاماً لقد ادركت يقيناً أن الضعف البشري هو امر حتمي يعتري كل البشر، فكلما تبدت لي أشياء غابت عني أشياء أخرى، فلله الكمال وحده المنزه عن الخطأ والنسيان فما كان لي من توفيق وصواب فهو محض العناية الإلهية بي. فهو ولي الهداية والتوفيق. وما كان من خلل وتقصير وزلل أو شطط، فهو من عند نفسي.

والله اسأل أن يأجرني أجر من اجتهد فأصاب، وأن يجعله عملاً متقبلا.

قائمة المراجع



قائمة المراجع

أولاً : المراجع العربية :

-القرآن الكريم

- كتب تفاسير آيات الأحكام

١- احكام القرآن للجصاص ، احمد بن على الرازي الجصاص . (٣٠٥ – ٣٧٠ هـ)، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، ١٤٠٥ هـ.

٢- فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، محمد بن علي الشوكاني، دار الفكر، بيروت

فقه الحديث الشريف وعلومه :

١- مصنف عبد الرزاق ، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني ، المكتب الإسلامي بيروت ط٢ ، تحقيق عبد الرحمن الأعظمي ، ١٤٠٣.

٢- شرح النووي على صحيح مسلم ، أبو زكريا يحي بن شرف النووي، (٦٣١ – ٦٧٦ هـ)، دار إحياء التراث العربي بيروت ، ١٣٩٢ هـ . ط٢، ج ١١ ، ص: ٢١٥.

٣- صحيح البخاري: للإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، (١٩٤هـ – ٢٥٦ هـ) ، دار ابن كثر- بيروت- ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

٤- مصنف ابن أبي شيبه، (١٥٩-٢٣٥هـ)، مكتبة الراشد – الرياض-، الطبعة الأولى، ١٤٠٩هـ

٥- مسند أبي عوانة: أبي عوانة يعقوب بن إسحاق (المتوفى ٣١٦)، دار المعرفة بيروت ١٩٩٨ ط١.

٦- سنن البيهقي الكبرى، للإمام احمد بن الحسن بن على البيهقي(٣٨٤ – ٤٥٨ هـ)، مكتبة دار الباز - مكة المكرمة- ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤م

٧- مسند الإمام احمد بن حنبل، دار إحياء التراث ، بيروت، بدون تاريخ.

٨- فتح الباري في شرح صحيح البخاري، احمد بن علي بن حجر العسقلاني ، (٧٧٣- ٨٥٢)، دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٧٩هـ.

٩- **التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير**، احمد بن على بن حجر العسقلاني . مؤسسة قرطبة.

١٠- **نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية**، للإمام عبد الله بن يوسف ابو محمد الحنفي الزيلعي . (المتوفى ٧٦٢ هـ)، دار الحديث مصر ١٣٥٧.

١١- **صحيح مسلم**، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري ، (٢٠٦- ٢٦١ هـ)، دار إحياء التراث . بيروت .

١٢- **تحفة الأحوذي شرح جامع الترمذي**، محمد عبد الرحمن المباركفوري، (١٢٨٣ - ١٣٥٣هـ)، دار الكتب العلمية . بيروت

١٣- **سنن الترمذي** ، للإمام محمد بن عيسى الترمذي، (المتوفى سنة ٢٩٧ هـ)، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة نشر.

١٤- **سبل السلام للأمير محمد بن إسماعيل الصنعاني** . (٧٧٣- ٨٥٢) ، دار إحياء التراث العربي بيروت ١٣٧٩ ط٤ .

١٥- **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار**، محمد بن علي الشوكاني ،(المتوفى ١٢٥٥هـ)، دار الجيل بيروت ١٩٧٣ .

١٦- **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**، علي بن أبي بكر الهيثمي، المتوفى ٨٠٧ هـ، دار الريان للتراث- القاهرة-١٤٠٧ هـ .

كتب الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة :

ـ الفقه الحنفي:

١- **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، زين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم ، (٩٢٦ — ٩٧٠ هـ)، دار المعرفة بيروت، ١٩٩٣.

٢- **فيض القدير شرح الجامع الصغير**: عبد الرءوف المناوي، المكتبة التجارية الكبرى مصر، الطبعة الأولى ، ١٣٥٦.

٣- **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، للإمام علاء الدين الكاساني،(المتوفى سنة ٥٨٧ هـ)، دار الكتاب العربي بيروت ،الطبعة الثانية ، ١٩٨٢.

٤- **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان أفندي داماد، المعروف بشيخ زاده الحنفي، دار إحياء التراث العربي

٥- **الهداية في شرح البداية.** للإمام علي بن ابي بكر المرغياني، (٥١١ – ٥٩٣ هـ)، المكتبة الإسلامية -بيروت- ، بدون سنة نشر .

٦- **تحفة الفقهاء** ، لعلاء الدين السمرقندي ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١٤٠٥هـ

٧- **حاشية رد المحتار على الدر المختار**، محمد امين المعروف بابن عابدين، دار الفكر -بيروت-، ١٣٨٦هـ.الطبعة الثانية.

٨- **اصول السرخسي**، محمد بن أحمد بن أبي سهل (شمس الدين السرخسي)، دار الكتب العلمية، ١٩٩٣

٩- **قواعد الفقه**، محمد عميم الإحسان المجددي ، دار الصدف ببلشر – كراتشي ، ١٤٠٧ – ١٩٨٦ ط١.

١٠- **فتح القدير في شرح الهداية**، للأمام محمد بن عبد الواحد السيواسي، (المتوفى سنة ٦٨١) والمعروف بكمال الدين ابن الهمام،دار الكتب العلمية، بيروت-، ويكمله من بدء من الجزء الثامن، شمس الدين احمد بن قودر المعروف بقاضي زاده،وسمى التكملة "نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار.

- الفقه المالكي:

١١- **الشرح الكبير على مختصر الخليل**، لأبي البركات أحمد الدردير، المطبعة الأميرية، ط٢.

١٢- **الموطأ** ، للإمام مالك بن انس، (٩٣- ١٧٩ هـ)، دار إحياء التراث العربي ، مصر، بدون سنة نشر .

١٣- **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد (ابن رشد الحفيد)، مكتبة ابن تيمية، القاهرة.

١٤- **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، محمد عرفه الدسوقي،دار الفكر بيروت-.

- الفقه الشافعي:

١٥- **المجموع شرح المهذب** للإمام ابي زكريا محيى الدين بن شرف النووي،(المتوفى سنة ٦٧٦ ه)، دار الفكر - بيروت-، ١٩٩٦.

١٦- **إعانة الطالبين**، للسيد البكري الدمياطي، دار الفكر بيروت ، بدون سنة نشر

١٧- **كتاب الأم**، للإمام الشافعي، دار المعرفة- بيروت-، ١٣٩٣هـ.

١٨- **مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج** ، محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر -بيروت- .

١٩- روضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي (يحي بن شرف)، المكتب الإسلامي بيروت.

ـ الفقه الحنبلي:

١- **منار السبيل**، إبراهيم بن محمد بن سالم ضويان، (١٢٧٥- ١٣٥٣هـ)، مكتبة المعارف- الرياض، ط٢ ، ١٤٠٥هـ .

٢- **المبدع شرح المقنع**، إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن مفلح الحنبلي، (٨١٦ — ٨٨٤هـ) ، المكتب الإسلامي بيروت، ١٤٠٠ هـ.

٣- **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية** لأبن القيم الجوزية (المتوفى سنة ٧٥١هـ) ، مطبعة المدني ، سنة ١٣٩٧هـ -١٩٧٧ .

٤- **كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه** ، للإمام أحمد بن تيمية ، (٦٦١ — ٧٢٨) ، مكتبة ابن تيمية ، بدون سنة نشر .

٥- **السياسة الشرعية في أصلاح الراعي والرعية** للإمام تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية ، دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت، ط٤ ،١٩٦٩.

٦- **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، حسن بن علي بن عبيد بن إبراهيم المرداوي المقدسي (المرداوي)، دار إحياء التراث العربي-بيروت-

٧- **الفروع**، حمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي المعروف بأن بن مفلح، دار الكتب العلمية، بيروت.

٨- **المحرر في الفقه** ، عبد السلام بن عبد الله الحراني (٩٠-٦٥٢)، مكتبة المنار- الرياض- ، ط٢، ١٤٠٤ هـ .

٩- **إعلام الموقعين عن رب العالمين** ، محمد بن أبي بكر بن أيوب الدمشقي ، المعروف بابن القيم الجوزية،(٦٩١-٧٥١ هـ)، دار الكتب العلمية ، بدون سنة نشر.

١٠- **كشاف القناع عن متن الإقناع** : منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، دار الفكر - بيروت- ١٤٠٢هـ .

١١- **المغني** موفق الدين محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي،(٥٤١-٦٢٠هـ)، دار الفكر - بيروت- ١٤٠٥،هـ الطبعة الأولى .

١٢- **الكافي في فقه ابن حنبل** ، موفق الدين محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي ، ١٩٨٨، الطبعة الخامسة.

١٣- **زاد المستقنع** ، موسى بن أحمد بن سالم المقدسي الحنبلي، (المتوفى ٦٩٠ هـ)، دار النهضة الحديثة ، مكة المكرمة .

-الفقه الزيدي:

١- **التاج المذهب لأحكام المذهب**، احمد بن يحيى بن المرتضى، دار الكتاب الإسلامي.

٢- **إرشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الأصول**، للإمام محمد بن على بن محمد الشوكاني ،(١١٧٣ — ١٢٥٠ هـ)، دار الفكر - بيروت، سنة النشر ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م ،

٣- **السيل الجرار**، محمد بن علي الشوكاني، دار الكتب العلمية - بيروت.

٤- **الدراري المضيئة**، محمد بن علي الشوكاني، دار الجيل —بيروت-، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

- كتب أصول الفقه وقواعده :

١- **اللمع في أصول الفقه** : " أبو إسحاق إبراهيم على الشيرازي "، (المتوفى ٤٧٦ هـ)، دار الكتب العلمية — بيروت ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥م ، ط١ ، ج١ .

٢- **المحلى لابن حزم الظاهري**، دار الآفاق الجديدة- بيروت-، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي.

٣- **المستصفى في علم الأصول**، للإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي ،(المتوفى سنة ٥٠٥ هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١٣هـ ، ط١ .

٤- **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، العز بن عبد السلام،(المتوفى سنة٦٦٠هـ)دار الكتب العلمية- بيروت-.

٥- **شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح** : لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني ، دار الكتب العلمية ، بيروت.

٦- **البرهان في أصول الفقه** ، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني،(٤١٩ — ٤٧٨ هـ) ، دار الوفاء — المنصورة ، مصر- ط٤، ١٤١٨ هـ .

٧- **الإحكام في أصول الأحكام**، على بن احمد بن حزم الظاهري، والمعروف بابن حزم، (٣٨٣ - ٤٥٦هـ)، دار الحديث، القاهرة، ط١، ١٤٠٤ هـ.

٨- **النبذ في أصول الفقه**، على بن احمد بن سعيد بن حزم الظاهري، دار الكتب العلمية بيروت.

٩- **كتاب الإبهاج في شرح المنهاج**، على بن عبد الكافي السبكي،(المتوفى ٧٥٦هـ) ، دار الكتب العلمية - بيروت — ط١ ، ١٤٠٤ هـ.

١٠- **الإحكام في أصول الأحكام**، للإمام على بن محمد الآمدي، (٥٥١ -٦٣١هـ)، دار الكتاب العربي بيروت ، الجزء الأول ، ط ١، ١٤٠٤ هـ.

١١- المحصول في الأصول، محمد بن عمر بن الحسن فخر الدين الرازي ، (٥٤٤-٦٠٦هـ) ، نشر جامعة الإمام محمد بن سعود – الرياض - ١٤٠٠هـ .
١٢- كتاب التعاريف ، محمد عبد الرءوف المناوي ،(٩٥٢-١٠٣١ هـ) ، دار الفكر المعاصر – بيروت- ط ١ ، ١٤١٠ هـ.
١٣- قواعد الفقه ، محمد عميم الإحسان المجددي ، دار الصدف ببلشر - كراتشي ، ١٤٠٧ – ١٩٨٦.
١٤- كتاب التعاريف ، محمد عبد الرءوف المناوي ، ٩٥٢-١٠٣١ هـ ، دار الفكر للعاصر – ط ١، بيروت ، ١٤١٠ هـ .

- المراجع اللغوية :

١- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، طبعة دار المعارف، طبعة ثانية، ١٩٧٢م.
٢- القاموس المحيط للعظيم آبادي.
٣- مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر الرازي، مكتبة لبنان –بيروت-.
٤- لسان العرب: لابن منظور محمد بن مكرم بن علي الأنصاري المتوفى سنة ٣٩٣هـ، إعداد وتصنيف يوسف خياط ونديم مرعشلي، بدون سنة نشر ، دار لسان العرب بيروت.
٥- معجم البلدان: ياقوت بن عبد الله الحموي، المتوفى ٦٢٦ هـ، دار الفكر بيروت، بدون سنة نشر.

-المؤلفات الشرعية الحديثة بحسب الحروف الأبجدية :

١. الدكتور ابراهيم عطية محمود قنديل :
- " استصحاب الحال ومدى تأثيره في الفروع الفقهية" ، مجلة البحوث الفقهية والقانونية تصدرها كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر فرع دمنهور، العدد التاسع ، ١٤١٤هـ ، ١٩٩٤م، ص ٢٣٣.

٢. الدكتور احمد فتحي بهنسي:
- " السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية " دار الشروق ، ط١ ، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م .
- " العقوبة في الفقه الإسلامي " ، دار الشروق ، ط٦ ، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩م .
- " نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي " ، دار الشروق ،ط٥ ، ١٤٠٩هـ ، ١٩٨٩م.

٣. الدكتور صالح اللحيدان :

- " حال المتهم في مجلس القضاء " ، مطابع الطوبجي – القاهرة – ط٣ ١٤٠٥– ١٩٨٥ .

٤. عبد القادر عودة :

- " التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي" ، مؤسسة الرسالة ، ط١٤ ، ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م .

٥. الدكتور عبد العزيز عامر :

- " التعزير في الشريعة الإسلامية" ١٣٧٤هـ – ١٩٥٥م.

٦. الدكتور عبد المجيد محمود مطلوب:

- " الأصل براءة المتهم" ، بحث مقدم إلى الندوة العلمية للمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض سابقاً " أكاديمية نائف للعلوم الأمنية والتدريب حالياً " ١٤٠٦هـ .

٧. الدكتور علي جريشة :

- " المشروعية العليا في الإسلام" مكتبة وهبة –القاهرة-ط٢،١٤٠٧هـ - ١٩٨٧.

٨. الدكتور مصطفى الرفاعي:

- "الإسلام نظام إنساني" ، دار مكتبة الحياة – بيروت – ط٢ بدون تاريخ.

٩. محمد أبو زهرة:

- " الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي "، العقوبة، دار الفكر العربي.

١٠. الدكتور محمد سليم العوا:

- "أصول النظام الجنائي الإسلامي"، دار المعارف، ط٢، ١٩٨٣م.

١١. الدكتور محمد الزحيلي:

- " مقاصد الشريعة أساس لحقوق الإنسان"، كتاب الأمة صادر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- قطر، العدد ٨٧ السنة الثانية والعشرون محرم ١٤٢٣هـ.

١٢. محمد الغزالي :

- " حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام وإعلان الأمم المتحدة" ، دار الدعوة للطباعة والنشر ، ط٥ ، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢ م .

١٣. الدكتور محمد محمد فرحات:

- " المبادئ العامة في الفقه الجنائي الإسلامي"، دار النهضة العربية، ط١ ١٩٩٧ — ١٩٩٨.

١٤. الدكتور يوسف القرضاوي:

- " السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها"، مكتبة وهبة -القاهرة- ط١، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨.

١٥. الدكتور يوسف محمود قاسم:

- " البراءة الأصلية أساسها وتطبيقاتها العملية في الدراسات الشرعية والقانونية " بحث منشور في مجلة الأمن والقانون التي تصدرها كلية شرطة دبي، السنة السابعة، العدد الثاني، ربيع الأول ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م. ص١٦ وما بعدها.

-المؤلفات العامة والمتخصصة مرتبة أبجدياً :

٢- الدكتور احمد إبراهيم حسن:

- " تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار المطبوعات الجامعية — الإسكندرية- ١٩٩٧.

٣- الدكتور احمد ابو الوفا:

- " تاريخ النظم القانونية وتطورها"، الدار الجامعية للطباعة والنشر — بيروت — ١٩٨٤.

٤- الدكتور احمد سلامة:

- " المدخل لدراسة القانون " الكتاب الثاني " نظرية الحق " دار النهضة العربية، ١٩٧٤.

٥- الدكتور احمد صبحي العطار :

- " علم العقاب "، ١٩٩٨-١٩٩٩.

٦- الدكتور احمد فتحي سرور:

- نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية "، القاهرة، ١٩٥٩.
- الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية"،دار النهضة العربية، ١٩٩٥.
- الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام ، النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، ط٧، ١٩٩٦.
- الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ط ١٩٩٦.
- الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، ط١، ١٩٩٩م.
- القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، الطبعة الأولى، ٢٠٠١، والطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م. والطبعة الرابعة، ٢٠٠٦.
- النقض الجنائي، دار الشروق، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٣م

٧- الدكتور احمد عوض بلال:

- "التطبيقات المعاصرة للنظام الاتهامي في القانون الأنجلوأمريكي، دار النهضة العربية،١٩٩٢- ١٩٩٣.
- " محاضرات في النظرية العامة للجريمة "، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠-٢٠٠١.
- " الإثم الجنائي"، دار النهضة العربية، ط١، ١٩٨٨.
- " الإجراءات الجنائية المقارنة والنظام الإجرائي في المملكة العربية السعودية "، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠.

٨- الدكتور أسامة ابو الحسن مجاهد:

- " الحماية المدنية للحق في قرينة البراءة "،دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.

٩- الدكتور أسامة حسنين عبيد :

- "الصلح في قانون الإجراءات الجنائية"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٥.

١٠- الدكتور أسامة عبد الله قايد:

- " حقوق وضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال " دراسة مقارنة، ط٣، ١٩٩٤.

١١- أسامة سراس:

- " شريعة حمورابي في الشرق القديم "،-دراسة مقارنة- مع النصوص الكاملة، ترجمة دار علاء الدين - دمشق - ط٢، ١٩٩٣.

١٢- الدكتور إدريس عبد الجواد عبد الله بريك:

- " ضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال"، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥.

١٣- الدكتور اشرف توفيق شمس الدين:

- " التوازن ين السلطة والحرية ووجوب تقييد النيابة العامة في التحقيق الابتدائي"، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ٢٠٠٦.

١٤- الدكتور اشرف رمضان عبد الحميد حسن:

- " مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق دراسة مقارنة" ، ط٢، ٢٠٠٣.
- " قاضي التحقيق"، دار النهضة العربية ، ط١ ، ٢٠٠٤.

١٥- الدكتور السعيد مصطفى السعيد:

- " الأحكام العامة في قانون العقوبات، مكتبة النهضة المصرية، ط٢، ١٩٥٣.

١٦- الدكتور السيد العربي حسن:

- " دراسات في تاريخ النظم القانونية والاجتماعية" مطبعة الإسراء، ٢٠٠٢.

١٧- الدكتور السيد عبد الحميد فوده:

- " حقوق الإنسان بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الإسلامية، ٢٠٠٣، دار الفكر الجامعي.

١٨- الدكتور السيد محمد حسن شريف:

- " النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.

١٩- الدكتور آمال عثمان:

- " الإثبات الجنائي ووسائل التحقيق العلمية "، مطبعة دار الهنا، ١٩٧٥.

٢٠- الدكتور أمين مصطفى محمد:

- " مشكلات الحبس الاحتياطي بين قيود والتعويض عنه"، دار

النهضة العربية، بدون سنة نشر.

٢١- الدكتور انور رسلان :

- " وسيط القضاء الإداري ". دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

٢٢- الدكتور جلال ثروت وسليمان عبد المنعم :

- " أصول المحاكمات الجزائية"، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع- بيروت- ط١١٤١٦هـ- ١٩٩٦م.

٢٣-الدكتور جميل الشرقاوي :

- " نظرية الحق " ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٣.
- " الإثبات في المواد المدنية" ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٦.

٢٤- الدكتور جميل عبد الباقي الصغير:

- "الشرعية الجنائية - دراسة تاريخية وفلسفية "، دار النهضة العربية ، ١٩٩٤ .
- " ادلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة "، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.

٢٥- الدكتور حامد راشد :

- " دور المحكمة الدستورية العليا في إقرار مبادئ العدالة الجنائية " . دار النهضة العربية ، ط١ ، ٢٠٠١.

٢٦- الدكتور حاتم بكار :

- " حماية حق المتهم في محاكمة عادلة " ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٩٧.

٢٧- الدكتور حسام الدين محمد أحمد:

- " سلطات القبض في مرحلة ما قبل المحاكمة "، دار النهضة العربية ، ط٢ ،١٩٩٥.
- " حق المتهم في الصمت"، دار النهضة العربية، ط٣، ٢٠٠٣.

٢٨- الدكتور حسن صادق المرصفاوي:

- " المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، ١٩٩٨.
- " المرصفاوي في قانون الكسب غير المشروع " ، منشأة المعارف ، ١٩٨٢ .

٢٩- الدكتور حسن علي مجلي :

- " المحاكمة في قانون الإجراءات الجزائية اليمني، ط٣، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م

٣٠- الدكتور حسن كيرة:

- " أصول القانون ،، دار المعارف، ط٢، ١٩٥٩- ١٩٦٠. :
- " المدخل إلى القانون " . منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٧٠.

٣١- الدكتور حسني قمر :

- " الحماية الجنائية للحقوق السياسية "، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦.

٣٢- الأستاذ حسين جميل:

- " حقوق الإنسان والقانون الجنائي، معهد البحوث والدراسات العربية، بدون سنة نشر.

٣٣-الدكتور حمدي عبد الرحمن :

- " مبادئ القانون "، بدون ناشر ، ٢٠٠٢/٢٠٠٣ .

٣٤-الدكتور رءوف عبيد:

- " المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، الجزء الأول، دار الفكر العربي، ١٩٦٣، .
- "مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري " ، ط١٦ ، دار الجيل للطباعة ، ١٩٨٥ .
- " ضوابط تسببيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق ، دار الفكر العربي، ١٩٨٦.

٣٥-الدكتور رمزي رياض عوض:

- " الحقوق الدستورية في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.
- " الرقابة على التطبيق القضائي لضمانات المحاكمة المنصفة ، دراسة مقارنة- دار النهضة العربية ، ٢٠٠٥-٢٠٠٦ ، ص ١٣.

٣٦-الدكتور رمسيس بهنام :

- " الجريمة والمجرم والجزاء " ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٦ . :

" "الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا " ، جـ٢ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٨.

٣٧- الدكتور زكي عبد المتعال:

- " تاريخ النظم السياسية والقانونية والاقتصادية على الأخص من الوجهة المصرية"، مطبعة نوري - القاهرة- ١٩٣٥، ص ٢٣٩ وما بعدها.

٣٨- الدكتور سعد حماد صالح القبائلي :

- " حق المتهم في الاستعانة بمحام -دراسة مقارنة- دار النهضة العربية، ط١

٣٨. الدكتور سليمان عبد المنعم:

- " أصول الإجراءات الجزائية في التشريع والقضاء والفقه، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع- بيروت ، ١٤١٧هـ -١٩٩٧ .

٣٩. الدكتور شريف سيد كامل:

- " الحماية الجنائية للأطفال، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
- " الحق في سرعة الإجراءات الجنائية" ، دار النهضة العربية، ط١ ٢٠٠٤.

٤٠. الدكتور صلاح سالم جوده :

- " القاضي الطبيعي : " دراسة تأصيلية مقارنة- دار النهضة العربية ، ١٩٩٧

٤١. الدكتور صوفي حسن ابو طالب :

- " مبادئ تاريخ القانون " ، دار النهضة العربية ١٩٦٧.
- " تاريخ النظم القانونية والاجتماعية" دار النهضة العربية،١٩٧٨.

٤٢. الدكتور طارق فتحي سرور:

- " جرائم النشر والإعلام "، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤.

٤٣. الدكتور طه عوض غازي:

- " فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية — نشأة القانون وتطوره -، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.

٤٤. الدكتور عبد الأحد جمال الدين:

- " النظرية العامة للجريمة "، الجزء الأول، ١٩٩٥. ١٩٩٦.

٤٥. الدكتور عبد الحافظ عبد الهادي عابد :

- "الإثبات الجنائي بالقرائن ، دار النهضة العربية، ١٩٩١ .

٤٦. الدكتور عبد الرءوف مهدي:

- " شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية"، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.

٤٧. الدكتور عبد الرزاق السنهوري :

- " مصادر الحق في الفقه الإسلامي " ، جـ١ .
- " الوسيط في شرح القانون المدني ، جـ٨ ، حق الملكية ، دار النهضة العربية ط٢ ، ١٩٩١ .

٤٨. الدكتور عبد العزيز محمد سرحان:

- "الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية والقواعد المكملة"، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

٤٩. الدكتور عبد العظيم مرسي وزير :

- " افتراض الخطأ كأساس للمسئولية الجنائية" ،دار النهضة العربية ،١٩٨٨.

٥٠. الدكتور عبد الفتاح مصطفى الصيفي:

- " القاعدة الجنائية "دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائي المعاصر" الشركة الشرقية للنشر والتوزيع –بيروت، لبنان- بدون تاريخ.
- " الإجراءات الجنائية ، جـ١ ، ١٩٩٨.

٥١. الدكتور عبد المنعم البدراوي :

- " نظرية الحق " ، مكتبة الجلاء الجديدة -المنصورة -١٩٨٠

٥٢. الدكتور عبد المهيمن بكر :

- " إجراءات الأدلة الجنائية –الجزء الأول في التفتيش- " ،ط أولى ١٩٩٦-١٩٩٧ .

٥٣. الدكتور عبد الوهاب العشماوي:

- " الاتهام الفردي أو حق الفرد في الخصومة"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ١٩٥٣.

٥٤. الدكتور عصام عفيفي حسيني عبد البصير:

- " مبدأ الشرعية الجنائية"، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.

٥٥. الدكتور علاء محمد الصاوي سلام :

- " حق المتهم في محاكمة عادلة" ، دار النهضة العربية ،٢٠٠١ .

٥٦. الدكتور علي الخفيف:

- " الحق والذمة " ، مكتبة وهبة ، ١٩٤٥.

٥٧. الدكتور علي زكي العرابي:

- " المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية " ، جـ١ ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر- مكتبة القاهرة الحديثة ، ١٣٧٠هـ - ١٩٥١م.

٥٨. الدكتور عمر السعيد رمضان:

- " مبادئ قانون الإجراءات الجنائية " ، ١٩٨٥ .

٥٩. الدكتور عمر الفاروق الحسيني:

- " مدى تعبير الحكم الصادر بالإدانة غير الصادر بالإجماع عن الاقتناع اليقيني للقاضي الجنائي"، الطبعة الثانية، ١٩٩٥.
- : " أحكام وضوابط الاستيقاف والقبض في القضاء والفقه والتشريع في مصر والكويت"، بدون ناشر، الطبعة الثانية، ١٩٩٥.
- : " تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف " ، ١٩٨٦، المطبعة العربية الحديثة.

٦٠. الدكتور عمرو إبراهيم الوقاد:

- " التحفظ على الأشخاص وحقوق وضمانات المتحفظ عليه"، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.

٦١. الدكتور عوض محمد عوض :

- " المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية "، منشأة المعارف ، ٢٠٠٢.

٦٢. الدكتور غنام محمد غنام :

- " حق المتهم في محاكمة سريعة " ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣.

٦٣. الدكتور فايز الظفيري :

- " المعالم الأساسية للقضية العادلة في مرحلة الاستدلالات والتحقيق الابتدائي وفقا للمفهوم الكويتي " ، ط١ جامعة الكويت ، ٢٠٠١ .

٦٤. الدكتور فوزية عبد الستار :

- " شرح قانون الإجراءات الجنائية " ، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٨٦و ط ١٩٩٠ .

٦٥. الدكتور قدري عبد الفتاح الشهاوي:

- " جرائم السلطة الشرطية"، منشأة المعارف –الإسكندرية-، بدون سنة نشر .

٦٦. الدكتور كمال السعيد:

- " شرح الأحكام العامة للجريمة في قانون العقوبات الأردني والقانون المقارن "، ط٢، ١٩٩٠.

٦٧. الدكتور كمال عبد الواحد الجوهري:

- " تأسيس الاقتناع القضائي والمحاكمة الجنائية العادلة، دار محمود للنشر والتوزيع، ١٩٩٩.

٦٨. الدكتور مأمون محمد سلامة :

- " الإجراءات الجنائية في التشريع المصري"، دار النهضة العربية، الجزء الأول ٢٠٠١.
- : " الإجراءات الجنائية في التشريع المصري – الجزء الثاني- دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠.

٦٩. الدكتور ماهر عبد الهادي :

- " النظم القانونية " ، مكتبة التكامل – الزقازيق- ١٩٨٣ .

٧٠. الدكتور مجدي أنور حبشي:

- " ضمانات المتهم في ضوء التعديلات الحديثة في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.

٧١. الدكتور مدحت عبد الحليم رمضان :

- " الإجراءات الموجزة لإنهاء الدعوى الجنائية" ، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

٧٢. الدكتور محمد ابو العلا عقيدة:

- "مشروع قانون العقوبات الإسلامي- دراسة تحليلية وتأصيلية- "، ١٩٨٥.
- " شرح قانون العقوبات القسم الخاص الكتاب الثالث، جرائم الاعتداء على الأموال، الطبعة الثانية، ١٩٩٦
- " أصول علم الإجرام " دار الفكر العربي ، ١٩٩٨ .
- " شرح قانون الإجراءات الجنائية"، ط٢، ٢٠٠١ .
- "الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية. ،ط ٢٠٠٤ .

٧٣. الدكتور محمد حنفي محمود محمد:
- " إعادة النظر في الأحكام الجنائية في القانون الفرنسي والتشريعات العربية". الطبعة الأولى، ٢٠٠٤، دار النهضة العربية ومكتبة دار الحقوق بالشارقة .

٧٤. الدكتور محمد خميس:
- " الإخلال بحق المتهم في الدفاع "، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠١.

٧٥. الدكتور محمد راجح نجاد:
- " حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلال بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية "، دار المنار، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م.

٧٦. محمد راشد عبد المولى:
- " تطور التشريع والقضاء في الجمهورية اليمنية "، عالم الكتب اليمنية ومكتبة خالد بن الوليد – صنعاء، ٢٠٠٢.

٧٧. الدكتور محمد زكي ابو عامر:
- " الحماية الجنائية للحريات الشخصية "، منشأة المعارف بالإسكندرية. ١٩٧٩.
- : "الإثبات في المواد الجنائية "، الفنية للطباعة والنشر ، بدون سنة نشر .

٧٨. الدكتور محمد سامي الشوا :
- الوساطة والعدالة الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.

٧٩. الدكتور محمد سيف النصر عبد المنعم:
- " بدائل العقوبة السالبة للحرية في التشريعات الجنائية الحديثة" ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤.

٨٠. الدكتور محمود عبد ربه محمد القبلاوي:
- " الأمر بألا وجه لإقامة الدعوى الجنائية – دراسة مقارنة-" دار الفكر الجامعي –الإسكندرية-، ٢٠٠٥.

٨١. الدكتور محمد عيد الغريب :
- " حرية القاضي الجنائي في الاقتناع اليقيني وأثره في تسبيب الأحكام الجنائية" ، النسر الذهبي للطباعة والنشر، ١٩٩٦-١٩٩٧.
- " النظام العام في قانون الإجراءات الجنائية .."، دار النهضة

العربية،٢٠٠٦.

٨٢. **الدكتور محمد كبيش :**

- " تأكيد الحريات والحقوق الفردية في الإجراءات الجنائية " دراسة للتعديلات الحديثة في القانون الفرنسي "، دار النهضة العربية، ٢٠٠١

٨٣. **الدكتور محمد محمد سيف شجاع :**

- " شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني " ، ط٥ ، بدون سنة نشر وبدون ناشر.

٨٤. **الدكتور محمد محمد مصباح القاضي:**

- "حق الإنسان في محاكمة عادلة"، دار النهضة العربية،٩٩٦ .

٨٥. **الدكتور محمد محي الدين عوض:**

- " الإثبات بين الازدواج والوحدة في الجنائي والمدني في السودان " ، مطبوعات جامعة القاهرة بالخرطوم ، ١٩٧٤ .

٨٦. **الدكتور محمد مصطفى القللي:**

- " أصول تحقيق الجنايات"، ط.٢ ١٩٤٥.

٨٧. **الدكتور محمود أحمد طه:**

- " حق الاستعانة بمحام أثناء تحقيقات الشرطة "، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ١٩٩٩.

٨٨. **الدكتور محمود السقا:**

- " فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية"، دار الفكر العربي، ١٩٧٥.

٨٩. **الدكتور محمود سلام زناتي:**

- " تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية في الشرق الأدنى وحوض البحر المتوسط "، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، ١٩٧٢.
- " موجز تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية في المجتمعات البدائية والقبلية ،، دار النهضة العربية، ١٩٧٧.

٩٠. **الدكتور محمود صالح العادلي :**

- " الحماية الجنائية للالتزام المحامي بالمحافظة على أسرار موكليه -دراسة مقارنة- "، دار النهضة العربية، ط٢، ١٤٢٢هـ- ٢٠٠٢ م .

٩١. الدكتور محمود محمود مصطفى:

- " الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن " الجزء الأول" النظرية العامة". مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ط١، ١٩٧٧.
- " تطور قانون الإجراءات الجنائية في مصر وغيرها من الدول العربية. مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٨٥.
- " شرح قانون الإجراءات الجنائية"، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي .ط ١٢ ،١٩٨٨ .

٩٢. الدكتور محمود نجيب حسني :

- " النظرية العامة للقصد الجنائي "دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية ، ط٣ ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨.
- " شرح قانون العقوبات — القسم العام- " دار النهضة العربية، ط٦، ١٩٨٩.
- " شرح قانون الإجراءات الجنائية،القاهرة،طبعة ١٩٨٢،وط٢ ١٩٨٨.وط٣، ١٩٩٨.
- " الدستور والقانون الجنائي " ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ .
- "القبض على الأشخاص"، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٩٤.

٩٣. الدكتور مصطفى فهمي الجوهري:

- " الوجه الثاني للشرعية الجنائية-قرينة البراءة-"، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩٠.

٩٤. الدكتور مقبل أحمد بن احمد العمري:

- " مسئولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية في النظام الإسلامي- دراسة مقارنة مع التطبيق على النظام القانوني في الجمهورية اليمنية- دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.

٩٥. الدكتور ممدوح إبراهيم السبكي :

- " حدود سلطات مأمور الضبط القضائي في التحقيق" ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨.

٩٦. الدكتور نعمان جمعة:

- " نظرية الحق "، دار النهضة العربية، ١٩٧٣.

٩٧. الدكتور وائل أحمد علام:

- " الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان "دار النهضة العربية، ١٤٢٠-١٩٩٩.

٩٨. الدكتور هلالي عبد اللاه أحمد:

- " المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي، دار النهضة العربية، ط٢ ١٩٨٦.
- "النظرية العامة للإثبات الجنائي في المواد الجنائية ،، دراسة مقارنة بين النظم الإجرائية اللاتينية والأنجلوسكسونية والشريعة الإسلامية. دار النهضة العربية ط ١٩٨٧.
- " الحماية الجنائية لحق الطفل في الحياة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ١٩٨٩.
- " حقوق الدفاع في مرحلة ما قبل المحاكمة بين النمط المثالي والنمط الواقعي "، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.
- " الاتهام المتسرع في مرحلة التحقيق الابتدائي وعدالة أوفى لمن وضع موضع الاتهام"، دار النهضة العربية، ط٢٠٠٢.

٩٩. الدكتور يسر أنور على:

- " شرح قانون العقوبات — النظريات العامة" ١٩٩٨.

- الرسائل:

١. الدكتور إبراهيم حامد مرسى طنطاوي:

- " سلطات مأمور الضبط القضائي " ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة .

٢. الدكتور أحمد إدريس أحمد:

- " افتراض براءة المتهم "، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٤.

٣. الدكتور أحمد حامد البدري :

- " الضمانات الدستورية للمتهم في مرحلة المحاكمة ، رسالة دكتوراه جامعة طنطا ٢٠٠٢.

٤. الدكتور أحمد سعيد صوان:

- " قرينة البراءة وأهم نتائجها في المجال الجنائي "، رسالة دكتوراه جامعة الأزهر، ١٤٠٠ هـ- ١٩٨٠ م .

٥. الدكتور احمد ضياء الدين خليل:

- " مشروعية الدليل في المواد الجنائية "، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٢.

٦. الدكتور أحمد محمد العلفي :

- " تأثير الإكراه في الإجراءات الجنائية" ، رسالة دكتوراه – أكاديمية الشرطة ، كلية الدراسات العليا بمصر ، ١٩٩٧.

٧. الدكتور أحمد محمد الفقي:

- " الحماية الجنائية لحقوق ضحايا الجريمة"، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس، ٢٠٠١.

٨. الدكتور إسماعيل محمد سلامة:

- " الحبس الاحتياطي- دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨١.

٩. الدكتور إيمان محمد علي الجابري :

- "يقين القاضي الجنائي"،رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٢.

١٠. الدكتور جمال الدين العطيفي :

- " الحماية الجنائية للخصومة من تأثير النشر " ، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة .

١١. الدكتور جميل يوسف قدورة كنكت:

- " نطاق الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية " ، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ، ١٩٨٦/١٩٨٧.

١٢. الدكتور جودة حسين جهاد :

- " حقوق الإنسان في مرحلة المحاكمة – الإثبات الجنائي بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي – " ، ١٤١٢هـ - ١٩٩١.

١٣. الدكتور حاتم بكار:

- " حماية حق المتهم في محاكمة عادلة "، رسالة دكتوراه جامعة الإسكندرية، دار النشر:منشأة المعارف، ١٩٩٦.

١٤. الدكتور حسن صادق المرصفاوي:

- " الحبس الاحتياطي وضمان الحرية الفردية في التشريع المصري"،

رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة،١٩٥٤ .

١٥. الدكتور حسن علي حسن السمني:

- " شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية ، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ، ١٩٨٣.

١٦. الدكتور حسن محمد ربيع:

- " حماية حقوق الإنسان والوسائل المستحدثة للتحقيق الجنائي "، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ط ١٩٨٥.

١٧. الدكتور خالد رمضان عبد العال سلطان :

- " المسئولية الجنائية عن جرائم الصحافة دراسة مقارنة" ، رسالة دكتوراه ، جامعة حلوان، ٢٠٠٢.

١٨. الدكتور خالد عبد الباقي الخطيب:

- " جرائم وحوادث المرور ودور الشرطة في مواجهتها- دراسة مقارنة- ،رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة بمصر، ٢٠٠٤.

١٩. الدكتور خيري أحمد الكباش:

- " الحماية الجنائية لحقوق الإنسان دراسة مقارنة "، رسالة دكتوراه جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٢.

٢٠. الدكتور رضا حمدي حمزة الملاح:

- " ذاتية الدعوى الجنائية"، رسالة دكتوراه، ٢٠٠٣.

٢١. الدكتور رضا عبد الحكيم رضوان:

- " الضبط القضائي بين السلطة والمسئولية "، رسالة دكتوراه – أكاديمية الشرطة مصر- ١٩٩٢.

٢٢. الدكتور رياض شمس :

- " الحرية الشخصية"، رسالة دكتوراه، مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة، ١٩٣٤.

٢٣. الدكتور سامي حسني الحسيني:

- " النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن " ، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٢ .

٢٤. الدكتور سدران محمد خلف :

- " سلطة التحقيق الابتدائي في التشريع الجنائي الكويتي والمقارن "رسالة دكتوراه أكاديمية الشرطة بمصر، ١٩٨٥.

٢٥. الدكتور عادل حامد بشير محمد:

- " ضمانات الاستجواب — دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة ٢٠٠١.

٢٦. الدكتور عبد الإله محمد سالم النوايسة:

- " ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي "، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠٠٠.

٢٧. الدكتور عبد الجواد عبد الغفار محمد ابو هشيمة:

- " ضمانات الحرية الشخصية للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي "، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٥.

٢٨. الدكتور عبد الحافظ عبد الهادي عامر :

- " الإثبات الجنائي بالقرائن ، رسالة دكتوراه ، ١٩٨٨.

٢٩. الدكتور عبد الستار سالم الكبيسي:

- " ضمانات المتهم قبل وأثناء المحاكمة رسالة دكتوراه،جامعة القاهرة ١٩٨١.

٣٠. الدكتور عبد العزيز أحمد سيف القدسي :

- " الحبس الاحتياطي في التشريع اليمني " دراسة مقارنة بالتشريع المصري، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة في مصر، ٢٠٠٥.

٣١. الدكتور عصام عفيفي حسيني عبد البصير:

- " تجزئة القاعدة الجنائية"، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس، ٢٠٠٢م.

٣٢. الدكتور عطية علي عطية مهنا :

- " الإثبات بالقرائن في المواد الجنائية " ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٨ .

٣٣. الدكتور عمر السعيد رمضان:

- " الركن المعنوي في المخالفات"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٥٩.

٣٤. الدكتور فؤاد جمال عبد القادر:

- " الكسب غير المشروع "، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٧.

٣٥. الدكتور كمال عبد الرشيد محمود:

- " التحفظ على الأشخاص في قانون الإجراءات الجنائية - دراسة مقارنة -بالتشريع الفرنسي" ، رسالة دكتوراه- أكاديمية الشرطة .مصر - ١٩٨٩.

٣٦. الدكتور مبدر سلمان الويس :

- " أثر التطور التكنولوجي على الحريات الشخصية في النظم السياسية" رسالة دكتوراه — جامعة القاهرة - ، ١٩٨٢ .

٣٧. الدكتور مفيدة سعد سويدان :

- " نظرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي " ، رسالة دكتوراه ، ١٩٨٥

.

٣٨. الدكتور محمد راجح نجاد:

- "حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلال بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية" . رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٢.

٣٩. الدكتور محمود عبد العزيز خليفة :

- " النظرية العامة للقرائن في الإثبات الجنائي في التشريع المصري والمقارن " ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، ١٩٨٧.

٤٠. الدكتور محمد على سالم عياد الحلبي:

- " ضمانات الحرية الشخصية أثناء التحري والاستدلال، رسالة دكتوراه —جامعة القاهرة- ١٩٨١.

٤١. الدكتور محمد علي محمد عطا الله:

- " الإثبات بالقرائن في القانون الإداري والشريعة الإسلامية " ، رسالة دكتوراه جامعة أسيوط ، ٢٠٠١ .

٤٢. الدكتور محمد عيد الغريب:

- " المركز القانوني للنيابة العامة دراسة مقارنة،رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ١٩٧٩ .

٤٣. الدكتور محمود صالح محمد العادلي:

○ " حق الدفاع أمام القضاء الجنائي – دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ١٩٩٠/١٩٩١.

٤٤. الدكتور نظام توفيق المجالي:

○ " القرار بألا وجه لإقامة الدعوى الجنائية- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه. جامعة عين شمس ١٩٨٦.

البحوث والمقالات والتقارير:

١. الدكتور احمد الريسوني:

○ " إنسانية الإنسان قبل حقوق الإنسان " بحث منشور في كتاب الأمة الصادر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في قطر تحت عنوان " حقوق الإنسان محور مقاصد الشريعة " العدد ٨٧، المحرم ١٤٢٣هـ السنة الثانية والعشرون.

٢. الدكتور: أحمد صبحي العطار:

○ حق الإنسان في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق جامعة عين شمس العدد الثاني، السنة الرابعة والأربعون، يوليو ٢٠٠٢.

٣. الدكتور أحمد فتحي سرور :

○ " إجماع الآراء عند الحكم بعقوبة الإعدام " تعليق على حكم محكمة النقض المصرية في ٢٧ نوفمبر ١٩٦٢ ، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة مارس ١٩٦٣.

○ " الأمر الجنائي وإنهاء الخصومة الجنائية"المجلة الجنائية القومية، العدد ١-٢ ، سنة ١٩٦٤.

○ السياسة الجنائية"، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول ، السنة التاسعة والثلاثون ، مارس سنة ١٩٦٩ .

٤. الدكتور السعيد مصطفى السعيد:

○" تبسيط الإجراءات الجنائية- نظام الأمر الجنائي- مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الأول ، السنة الحادية عشرة ، يناير سنة ١٩٤١.

٥. حسن صادق المرصفاوي:

○ " قوة الاعتراف في الإثبات الجنائي"، المجلة الجنائية القومية، المجلد

الثالث العدد٢ يوليو ١٩٦٠.

- " الاتجاهات المستحدثة لضمانات الحرية الفردية في التحقيق الابتدائي " . مجلة مصر المعاصر ، ١٩٦٣ .
- " ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية " ، معهد البحوث والدراسات العربية ، ١٩٧٣.
- " حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية مرحلة ما قبل المحاكمة في النظام القانوني المصري " ، بحث مقدم إلى المؤ١٥٩اتمر الثاني للجمعية المصرية للقانون الجنائي الذي أنعقد في الإسكندرية في الفترة من٩-١٢ أبريل ١٩٨٨

٦. الدكتور رءوف عبيد:

- " بحث في القضاء الجنائي عند الفراعنة "، المجلة الجنائية القومية، العدد الثالث، ١٩٥٨.

٧. الدكتور سامح السيد احمد جاد :

- " حدود سلطة القاضي الجنائي في تفسير دليل الإدانة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي المصري والإماراتي " ، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون الصادرة عن كلية شرطة دبي ، السنة الخامسة ، العدد الأول — شعبان ١٤١٧ هـ - يناير ١٩٩٧ م.

٨. الدكتور سامي حسني الحسني:

- " ضمانات الدفاع "، مجلة الأمن العام، العدد ٩٣، سنة ١٩٨١.

٩. الدكتور سامي صادق الملا:

- " حق المتهم في الصمت"، مجلة الأمن العام العدد ٥٣ السنة ١٤ ابريل ١٩٧١.
- " حق المتهم في الاستعانة بمحام أثناء مرحلة تحقيقات الشرطة، مجلة المحاماة، العددين التاسع والعاشر، نوفمبر-ديسمبر ١٩٨٦.

١٠. الدكتور سمير الجنزوري :

- " الإدانة بغير مرافعة " ، المجلة الجنائية القومية ، ١٩٦٩.

١١. الدكتور صالح بن سعد اللحيدان:

- " وسائل تحقيق العدالة"، بحث مقدم ضمن الندوة العلمية الأولى التي أقامها المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب (حاليا

اكاديمية نائف للعلوم الأمنية) بالرياض تحت عنوان المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية . المنعقدة في الفترة من ٢٠ — ٢٤ شعبان ١٤٠٢ هـ الموافق ١٢-١٦ يونيه ١٩٨٢ م . الجزء الأول.

١٢. الدكتور عبد المجيد محمود مطلوب:

- " الأصل براءة المتهم"، بحث مقدم إلى الندوة العلمية للمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض(سابقاً) ١٤٠٦هـ .

١٣. الدكتور عبد الحميد محمود البعلي:

- " الحماية الجنائية للحقوق والحريات أثناء المحاكمة الجنائية "، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثامنة عشرة العدد الرابع ، ١٤١٥هـ ـ١٩٩٤م.

١٤. الدكتور عثمان خليل عثمان :

- " تطور مفهوم حقوق الإنسان"، مجلة عالم الفكر الكويتية، السنة الأولى العدد الرابع يناير - مارس ١٩٧١.

١٥. الدكتور علي عبد القادر القهوجي:

- " المعاهدات الدولية أمام القاضي الجنائي "، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، الكتاب الثاني، العدد الرابع ١٩٩١.

١٦. الدكتور عمر الفاروق الحسيني :

- " حق الدفاع وحرية الإثبات الجنائي"، مؤتمر حق الدفاع من ٢٠- ٢٢ ابريل سنة ١٩٩٦، مركز الدراسات القانونية والاقتصادية - كلية الحقوق.

١٧. الدكتور غنام محمد غنام:

- " مفاوضات الاعتراف بين المتهم والنيابة العامة في القانون الأمريكي"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلية الحقوق جامعة المنصورة، العدد الثاني عشر أكتوبر ١٩٩٢.
- " المضرور من الحبس الاحتياطي التعسفي وحقه في التعويض "، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثلاثون، العدد الثاني، إبريل- يونيو سنة ١٩٨٦.

١٨. الدكتور قدري عبد الفتاح الشهاوي:

- " صلاحيات رجل الشرطة إزاء استخدام الوسائل العلمية الحديثة

في كشف الجريمة ". مجلة الأمن العام العدد ٦٥ س١٦، ابريل ١٩٧٤.

١٩. ليونارد كافيس:

- " حقوق الإنسان في مرحلة المحاكمة في النظام الأمريكي للإجراءات الجنائية " . تقرير مقدم إلى المؤتمر الثاني للجمعية المصرية للقانون الجنائي الذي عقد بالإسكندرية سنة ١٩٨٨، وقد ترجم إلى العربية . منشور ضمن وثائق المؤتمر في المجلد الذي يحوي أعمال المؤتمر ، تاريخ النشر ١٩٨٩ .

٢٠. الدكتور محمد إبراهيم زيد :

- " الاتجاهات الحديثة في تنظيم العدالة الجنائية، الأفاق الحديثة في تنظيم العدالة الجنائية " المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، ١٩٧١.

٢١. الدكتور محمد ابو العلا عقيدة:

- " الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد " بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية التي تنشرها كلية الحقوق جامعة عين شمس، يناير ١٩٩٧، العدد الأول، السنة التاسعة والثلاثون.

٢٢. الدكتور محمد ابو العينين :

- " الحصانة البرلمانية " مجلة القضاة، العدد الأول، سنة ١٩٨١.

٢٣. الدكتور محمد احمد مفتي والدكتور سامي صالح الوكيل:

- " النظرية السياسية الإسلامية في حقوق الإنسان الشرعية " ، كتاب الأمة ، صادر عن مؤسسة اخبار اليوم العدد ٢٥ ، في ذي القعدة ١٤١٠هـ الموافق يونيه ١٩٩٠ م.

٢٤. الدكتور محمد سامي النبراوي :

- " أثر التخدير على استجواب المتهم" ، مجلة كلية الشرطة، العدد الحادي عشر ، يوليو ١٩٦٤.

٢٥. الدكتور محمد سليم العوا:

- " الأصل براءة المتهم " بحث منشور تحت عنوان " المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية " بحث مقدم إلى الندوة العلمية للمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب- سابقاً- بالرياض ،١٤٠٦هـ .

٢٦. ٢٥-الدكتور محمد شتا ابو سعد :

- " الأثر الرجعي للشرط وأهم المشكلات العملية ..."، مجلة هيئة قضايا الدولة ، العدد الثاني السنة الرابعة والأربعون ابريل – يونيه ٢٠٠٠ .

٢٧. الدكتور محمد فؤاد إسماعيل:

- " العلاقة بين الجريمة الجنائية والجريمة التأديبية " ، مجلة الأمن العام ، العدد٩٠ السنة ٢٣ يوليو سنة ١٩٨٠ .

٢٨. الدكتور محمود محمود مصطفى :

- " الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الإنسان " تقرير مصر المقدم إلى المؤتمر الدولي المنعقد بالقاهرة في الفترة من ١٦-٢١ ديسمبر ١٩٨٩ ، أعد الكتاب كلٌ من الدكتور محمد شريف بسيوني والدكتور عبد العظيم وزير ، دار العلم للملايين- بيروت- مايو١٩٩١ .
- " ملاحظات على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية"، تقرير مقدم لندوة " تدريس حقوق الإنسان " والتي أقيمت بالتعاون بين منظمة اليونسكو وجامعة الزقازيق في الفترة بين ١٤ -١٦ من ديسمبر ١٩٧٨.

٢٩. الدكتور محمد محي الدين عوض:

- " حدود القبض والحبس الاحتياطي على ذمة التحري في القانون السوداني ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الرابع ، السنة ٣٣-١٩٦٢.

٣٠. الدكتور نظام توفيق المجالي:

- " الشرعية الجنائية كضمان لحماية الحرية الفردية – دراسة في التشريع الأردني - مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثانية والعشرون، العدد الرابع، رمضان ١٤١٩هـ - ديسمبر ١٩٩٨م.

٣١. الدكتور نعيم عطية :

- " حق المتهم في الصمت"، مجلة الأمن العام العدد٩٠ السنة ٢٣، يوليو ١٩٨٠.

٣٢. الدكتور هشام قبلان:

- " وسائل تحقيق العدالة للمتهم في الشريعة الإسلامية"، منشور في

مطبوعات المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب اكاديمية نائف للعلوم الأمنية" بالرياض ضمن أبحاث الندوة العلمية الأولى حول المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية ، ١٤٠٦ هـ ، الجزء الأول.

٣٣. الدكتور يوسف محمود قاسم:

- "البراءة الأصلية أساسها وتطبيقاتها العملية في الدراسات الشرعية والقانونية"، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون التي تصدرها كلية شرطة دبي، السنة السابعة العدد الثاني، ربيع الأول ١٤٢٠هـ - يوليو ١٩٩٩م.

٣٤. الدكتور يسر انور علي:

- " الأمر الجنائي -دراسة مقارنة في نظرية الإجراءات الجنائية الإيجازية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة عين شمس، يوليو ١٩٧٤ .

ثانياً: المراجع الأجنبية:

1- Albert Maron :

- " Témoin Assisté et Personne Mise en Examen ,Nouveaux coupables ou nouveaux innocents?, Rev. Pénitentiaire et de droit pénal, N° 1Avril 2001.

2- Albert CHAVANNE :

- " La protection des droits de l'homme dans la procédure pénale la phase du jugement",deuxième conférence du groupe égyptien de l' A.I.D.P. Alexandrie AVRIL 9-12 1988.

3- André GIUDICELLI:

- " Le témoin assisté et la personne mise en examen" : vers un nouvel équilibre? RSC. N°1.Ianv.-mars 2001.
- Procédure pénale, RSC. N°3, juill.-sept. 2002.

4- Anne TEISS1ER :

- " La garde à vue et droit de la défense, Rev.

Pénitentiaire et de droit pénal. Édition, CUJAS,N°1 AVRIL 2001.

5- Alfred LÉGAL:

- "La responsabilité sans faute" in La chambre criminelle et sa jurisprudence : recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin [1895-1962], Président de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, Paris: Éditions Cujas, 1965.

6- Bergoignan-Esper CLAUDINE :

- La Séparation des fonctions de justice répressive Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, Série Sciences criminelles - Paris : Presses universitaires de France, 1973.

7- Bernard Bouloc:

- -Loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes " , R.S.C. Dalloz, N°1, janv.-mars 2002.
- " Loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, RSC. Dalloz, N°3, juill.-sept. 2002.
- " La durée des procédures :un délai enfin raisonnable ?" R.S.C. Dalloz,N°1, janv.-mars 2001.

8- Charles JOLIBOIS:

- " Le renforcement de la protection de la résomption d'innocence et des droits des victimes " :l'apport du Sénat, R.S.C.,Dalloz, N°1, janv.-mars 2001.

9- Catherine SAMET:

- "La présomption d'innocence", Revue Pénitentiaire

et de droit pénal, CUJAS. N° 1 Avril 2001.

10- Christine LAZERGES :

- " La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes", R.S.C., Dalloz,N°1.,janv.-mars 2001.
- Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes : histoire d'une navette parlementaire, R.S.C. Dalloz, N°1, janv.-mars 2001.
- "Chronique de politique Criminelle,le projet de la loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes", R.S.C., Dalloz, N°1,1999.
- Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle, R.S.C. Dalloz, 1997.

11- Christian VALKENEER de et Henri D. BOSLY:

- "La célérité dans la procédure pénale en droit Belge, R.I.D.P. 1995.

12- Christophe Hubert:

- " Le nouveau droit de la garde à vue." Rev. Jur. N°1,2001.

13- Christos Bakas"

- "Les principes directeurs du procès pénal au regard de l'intérêt de la personne poursuivie" ,Thése. Paris II 1982.

14- Cyrille CHARBONNEAU:

- "La loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence" : Première approche, Gaz. Pal. 21-22 juin 2000.

15- Dominique Noëlle COMMARET:

- "Procédure pénale", RSC. DAll0Z, N°2, avr.-juin 2002.
- " Procédure pénale ", RSC. DAll0Z, N°4, oct.-déc. 2002.

16- Francis CASORLA:

- "Chronique de procédure pénal la loi de procédure pénal du 15 juin 2000 Reseignare, Répurgare et Reclystérisare ",Rev.pénit.droit pénal,CUJAS, N°3, octobre 2000.

17- Foroiitani DJAVAD:

- "Le fardeau de la preuve en matière pénale". Essai d'une théorie générale, Paris II, 1977.

18- Gaétan di MARINO:

- " la reforme de la détention provisoire (loi N 2000-516 du 15 juin 2000),Rev. pénit. droit pénal, CUJAS, N°3 octobre 2000.

19- Gaston STEFANI,Georges-LEVASSEUR,et Bernard BOULOC :

- " Procédure pénale", 18e édition, Dalloz, 2001.

20- G. TAORMINA:

- "Réflexions sur la détention provisoire des majeurs, Rev. Pénitentiaire et de droit pénal, CUJAS, N° 1Avril ,2001.

21- Georges VIDAL:

- " Cours de droit criminel et de science pénitentiaire (Droit pénal général -- procédure pénale), Neuvième édition, refondue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence à partir de la 5e édition par Joseph Magnol, Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1947.

22- Harles jolibois :

- " Renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes" l'apport du sénat, RSC. Dalloz., N°1, janvier – mars, 2001.

23- Hélèn Bureau:

- " La présomption d'innocence devant le juge civil cinq ans de l'application de l'article 9-1 du code civil. JCP éd. Gaz. Pal.n°8 .1998.

24- Henri Donnedieu de Vabres :

- " Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1947.

25- Henri Leclerc:

- " La loi 15 juin 2000, renforçant la présomption d'innocence et les droits des victime." - G.P- 2000.

26- Hervé Temime:

- " L'appel des arrêts d'assises",R.S.C. Dallloz, N°1, janv.-mars 2001.

27- Isabelle CHITLAULT:

- " Le personne et son défenseur dans le procès pénal", Thése .3eme cycle, Poitiers, 1985.

28- Jacques Francillon:

- "Liberté d'expression,dignité te de la personne et présomption d'innocence, Rev. Pénitentiaire et de droit pénal, CUJAS, N°1 AVRIL 2001.

29- Jacques BUISSON:

- " La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes", R.S.C. Dalloz, N°1, janv.-mars 2001.

30- Jacques Léauté:

- "Le caractère irréparable de la perte de

l'innocence", In, l'innocence, déviance cahiers de l'institut de criminologie de paris, 1976.

31- Jean CEDRAS:

- "Chronique législative, Rev. Pénitentiaire et de droit pénal. Édition, CUJAS, N° 4 - décembre 2002.

32- Jean Graven:

- " La protection des droits de l'accusé dans le procès pénal en suisse, R. I.D.P. 1966.

33- Jean Graven:

- "Le problème des nouvelles techniques d'investigation du procès pénal." R.S.C. Dallloz, 1950.

34- J.A. ROUX :

- "Cours de droit criminel français, deuxième édition, Revue et augmentée, Paris: Recueil Sirey, 2volumes. 1927.

35- Jean LARGUIER:

- " Procédure pénale ",17e édition 1999, Dalloz.

36- J. R. Spencer:

- " La procédure pénale anglais" 1er édition - 1998 que sais-je ?, Presses universitaire de France .

37- Jean Pradel:

- L'instruction préparatoire",trimestre ,1990,éditions Cujas, Paris.
- " La protection des droit de l'homme au cours de la phase préparatoire du processus pénal",étude sur la protection des droits de l'homme dans la procédure pénale en Égypte , France et aux etats-uniu ,deuxième conférence du groupe égyptien de

A.I.D.P., Alexandrie (avril 9-12 ,1988).

- " Prolégomènes sur Bulletin de la Société générale des prisons et de législation criminelle", Rev. Pénitentiaire et de droit pénal, N° 1 Avril 2001.
- " La durée des procédures", Rev.Pénit.droit pénal, cujas, N°1 AVRIL 2001.
- "Une Consécration du «plea bargaining» à la française: La composition pénale instituée par la loi no 99 - 515 du 23 juin 1999", Dalloz- Paris. chronique. 1999.
- " D'Une loi avortée à Un projet nouveau sur l'injonction pénale", D. 1995.

38- Jérôme BENEDICT:

- "Le sort des preuves illégales dans le procès pénal". Thèse, Lausanne, 1994.

39- John R. Spencer :

- " La preuve en procédure pénale, droit Anglais", R.I.D.P. 1992.

40- José Manuel ARROYO GUTIERRES:

- " La célérité dans le procès pénal latino-Américain", R.I.D.P. 1995.

41- J. Calvez:

- " L'inculpation et la présomption d'innocence ", Gaz. Pal.N° 31 oct. 1987.

Rachid Khaldi:

- " **La** détention provisoire",Thèse de doctorat, Université de soutenance,1958,

42- Louis Zoillnger :

- " L'intime conviction du jugt , déviance cahiers de l'institut de criminologie de Paris" , 1976 , N°34,

p33 et s.

43- **Luc DECLERCQ:**

- " Le délai raisonnable ou le retard excessif dans les affaires pénales: article 6, alinéa 1er de la convention européenne des droits de l'homme, R.D.P.C. 1989..

44- **Marcel LEMONDE:**

- " Le Juge des libertés et de la détention une Réelle avancée?" RSC. Dalloz, N°1, janv.-mars 2001.

45- **Marian Cieslak :**

- " Le Régime des droit de l'inculpé dans le procès pénal de la République populaire de polonge",R.I.D.P.,N°1, 1966 .

46- **Michèle Laure RASSAT:**

- "Traité de procédure pénale, presses universitaires de France, 2001.

47- **Mireille Delmas-Marty:**

- " Présentation, Etude de la loi du 15 juin 2000, Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes":histoire d'une navette parlementaire, RSC., Dalloz, N°1, janv.-mars ,2001.

48- **Mohammed-Jalal Essaid:**

- "La présomption d'innocence". Thèse, Paris, 1971.

49- **Muriel GUERRIN:**

- "Les changements opérés par la loi relative à la présomption d'innocence sur les nullités de procédure dans la phase préalable au jugement pénal",RSC., Dalloz, N°4, oct.-déc. 2000.

50- Pierre Gagnoud :

- " L'enquête préliminaire et les droits de la défense." Thèse. Université de Nice Sophia - Antipolis. Faculté de droit. 1997.

51- Pierre Bouzat et Jean Pinatel :

- " Traité de droit pénal et de criminologie," ,3[e]éd.,3 volumes, Paris: Dalloz, 1975.

52- P. Wachsmann :

- " La Liberté Individuelle dans La jurisprudence du Conseil constitutionnel , R.S.C., Dalloz, 1988 .

53- Raymond GASSIN :

- "Encyclopédie"D.J.2[ém]édition.1967,V°.Arrestation,

54- Régis de GOUTTES:

- " La convention européenne des droits de l'homme le juge français, R.I.D.C. 1999.

55- René Garraud :

- " Traite théorie et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénal ", libraire du recueil, Sirey - paris - tome -1 , 1907.

56- Robert CARIO :

- " Potentialités et ambiguïté de La médiation pénale entre répression et réparation, (sous la direction) L'Harmattan, Paris, 1997.

57- Roger Merle, et - André Vitu:

- " Traité de droit Criminel et de Procédure Pénale " Cujas – Paris, édition 1989.
- "Traité de droit criminel - t. 1. Problèmes généraux de la science criminelle;et Droit pénal général, 7e éd., Cujas, 1997.
- " Traité de droit criminel. T. II, Procédure pénale,

Cujas, 5e éd., 2001.

58- Sophie BOURGUIGNON :

- " Le Renforcement de la protection de la présomption d'innocence d'après la loi française du 15 juin 2000. (Aperçu des dispositions relatives à l'enquête, à l'instruction et au jugement), R.P.S. 2001.

59- Serge Gunchard - Jacques Buisson :

- " Procédure Pénale. Litec, Paris.2000.

60 -T. GAMBIER:

- "La défense des droits de La personne dans la Recherche moderne des preuves en procédure pénale française", R.D.P., édition, Techniques, décembre, 1992.

61- Y. JACOB:

- "La Réforme de la cour d'assises" : une deuxième chance pour le condamné, R.Pén.D.P.Cujas, N°1, AVRIL 2001.

62-Valentine BÛCK:

- " Vers un contrôle plus étendu de la garde à vue ", R.S.C.N°2, avr.-juin 2001.

- مؤلفات مترجمة :

١- بكاريا: " الجرائم والعقوبات "، ترجمة الدكتور يعقوب محمد حياتي، الكويت، ط١، ١٩٨٥ .

٣- قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي الصادر في ١٩٨٨ ترجمة وتعليق الدكتور محمد إبراهيم زيد والدكتور عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، ١٩٩٠ .

٤- مدونة جوستنيان في الفقه الروماني: ترجمة المرحوم عبد العزيز فهمي باشا، الملحق الثاني، دار الكتاب المصري، ١٩٤٦.

٥- مونتسكيو: " روح القوانين"، الجزء الأول ترجمة عادل زعيتر، القاهرة، دار المعارف المصرية، ١٩٥٣ .

ثالثاً: المواثيق والمعايير الدولية المتخصصة، المنشورة عبر شبكة الانترنت:

١- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن:
على موقع الأمم المتحدة على الرابط التالي:
http://www.un.org/arabic/aboutun/humanr.htm

٢- المعاهدة الدولية الخاص بالحقوق المدنية و السياسية الصادرة في ١٦ ديسمبر ١٩٦٦ وتم العمل به منذ ٢٣ مارس ١٩٧٦.

http://www.un.org/arabic/aboutun/humanr.htm

٣- الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية والبروتوكولات الملحقة بها:

http://www.france.qrd.org/texts/conv-euro-dh.html

٤- دليل المحاكمات العادلة الصادر عن منظمة العفو الدولية:

http:/www.amnesty-arabic.org/ ftm/text
http://web.amnesty.org/library/Index/ARAAMR510532002?open&of=ARA-USA

٥- منظمة العفو الدولية:

http://www.amnestyarabic.org/ftm/text/section_a/chapter10.htm

٧- محكمة العدل الدولية :

http://www.france.qrd.org/texts/conv-euro-dh.htm

٨- المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان والمواطن:

http://www.credho.org/cedh/listerecap.htm

٩- أحكام محكمة النقض الفرنسية:

http://www.courdecassation.fr/moteur/491/concl491.htm

٩- أحكام المجلس الدستوري الفرنسي:

http://www.conseilconstitutionnel.fr/decision/1998/98404/se98
http://www.eohr.org/ar/annual/re9.htm

١٠- مجلس الشيوخ الفرنسي:

ويحتوي على كافة المناقشات والتعليقات على قانون تدعيم حماية قرينة البراءة

وحقوق المجني عليه

http://www.senat.fr/rap/l98-419/l98-419.html

١١- **موقع وزارة العدل الفرنسية :**

ويحتوي على جميع القوانين الصادرة في فرنسا وآخر التعديلات عليها بما في ذلك القانون رقم ٥١٦ الصادر في ١٥ يونيه ٢٠٠٠ بشأن تدعيم حماية قرينة البراءة

http:..www.justice.gouv.fr.actua.circ161100.htm

http:..www.ca-poitiers.justice.fr.discours.expradel2.htm

http://www.legifrance.gouv.fr/textes/html/fic196709280833.htm

ويحتوي على التعليق على المادة ٩-١ من التقنين المدني الفرنسي.عبر الرابط التالي:

http:..www.justice.gouv.fr.actua.circ161100.htm

رابعاً - التقارير الخاصة بإصلاح العدالة في فرنسا والمناقشات التي تمت من قبل الفقه الفرنسي وبالأخص المتعلقة بتدعيم حماية قرينة البراءة وحقوق المجني عليه :

1- Pierre TRUCHE :

" Rapport au président de la République de la commission de réflexion sur la justice. Paris : La Documentation française, 1997. (Collection des rapports officiels).
http://www.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/notices/974072100.html

2- Michèle Laure RASSAT:

" Propositions de réforme du code de procédure pénale : rapport à M. le Garde des Sceaux, ministre de la justice. Paris : Ministère de la justice, 1997.
http://www.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/notices/974035000.html

3- Christine LAZERGES:

"Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi renforçant la

protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 mars 1999. Paris : Assemblée nationale, onzième législature.

http://www.assemblee-nationale.fr/rapports/r1468-02.asp

http://www.assemblee-nationale.fr/rapports/r1468-01.asp

4- Charles JOLIBOIS:

"Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles... sur le projet de loi... renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, la proposition de loi visant à filmer et enregistrer les gardes à vue..., la proposition de loi... tendant à limiter la détention provisoire. Paris : Sénat, session ordinaire de 1998-1999.

http://www.senat.fr/rap/l98-419/l98-419.html

5- Patrick DEVEDJIAN:

"Rapport d'information déposé en application de l'article 146 du Règlement par la Commission des finances, de l'économie générale et du plan sur les moyens et la réforme de la justice. Paris : Assemblée nationale, onzième législature, 2000.

http://www.assemblee-nat.fr/rap-info/i2137.asp

6- COUR DE CASSATION.:

Rapport 2000 :(études sur) la protection de la personne. - Paris : La Documentation française, 2001.

http://www.courdecassation.fr/_rapport/rapport.htm

7- Julien DRAY:

Evaluation de l'application et des conséquences sur le

déroulement des procédures diligentées par les services de police et de gendarmerie des dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. Paris : Premier ministre, 2001.

http://www.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/notices/014000812.html

8- Christine LAZERGES:

" Rapport d'information [...] déposé par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur l'évaluation de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 décembre 2001. Paris : Assemblée nationale, onzième législature.

http://www.assemblee-nationale.fr/rap-info/i3501.asp

- المؤتمر الخاص بشأن النزاع حول دور القاضي في الإثبات الجنائي والإداري:

Le XVIIe Congrès de l'Institut international de droit d'expression française (IDEF) s'est tenu à Bruxelles et, ensuite, à Luxembourg, du 30 septembre au 6 octobre 1984, sur l'invitation des Gouvernements belge et luxembourgeois.

- منشورة على شبكة الانترنت باللغة الفرنسية على الرابط التالي:

http://www.francophonie.org/UIJPLF/congres17.htm

الفهـــرس

الفهرس


تم بحمد الله



